Der Unterschied

zwischen dem

Familienfideikommiss und dem Lehn

mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Timon von Renthe gen. Fink
Kammergerichtsreferendar
aus Berlin.

Berlin 1896.
Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)
Linienstrasse 158.

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Amtsrichter Dr. Möhring

in aufrichtiger Dankbarkeit

gewidmet.

Inhalt.

Einleitung. § 1.

I. Unterschiede in der Entstehung, historischen Entwickelung und den rechtlichen Grundlagen beider Institute.

1. Entstehung und historische Entwickelung. § 2.
   a) des Lehns.
   b) des Familienfideikommisses.
2. Die rechtlichen Grundlagen beider Institute. § 3.

II. Unterschiede im Stande der gegenwärtigen Rechtsverhältnisse.

A. Unterschiede in Begriff und Zweck. § 4.

B. Unterschiede in der Succession.
Allgemeines für beide Institute. § 5.
1. Die Art der Succession
   a) bei dem Fideikommiss. § 6.
   b) bei dem Lehn. § 7.
2. Kreis und Fähigkeit der Berufenen. § 8.
3. Die Folgeordnung
   a) bei dem Fideikommiss. § 9.
   b) bei dem Lehn. § 10.

C. Unterschiede in den Rechten der Interessenten an der Sache.
1. Die Natur des Rechts im allgemeinen.
   a) das Recht des Besitzers. § 11.
   b) das Recht der Anwärter. § 12.
2. Unterschiede in dem Rechte der Besitzer insbesondere
   a) die den Besitzern verbotenen Handlungen. § 13.
   b) die Befugnisse der Besitzer. § 14.
   c) die Pflichten der Besitzer. § 15.

Die Schulden. § 16.
   a) die Fideikommissschulden.
   b) die Lehnsschulden.

D. Unterschiede in den Folgen der verbotenen Veräusserung.
1. Die Folgen derselben beim Lehn. § 17.
2. Die Folgen derselben beim Fideikommiss
   a) für den Besitzer. § 18.
   b) für den Anwärter. § 19.
      α) Wann entsteht das Klagerecht der Anwärter?
      β) Welchen Anwärtern steht das Klagerecht zu?

Sonderung des Allods vom Lehns- und Fideikommissvermögen. § 20.

III. Unterschiede in der Beendigung der Rechtsverhältnisse.

1. Beendigung durch Gründe ausserhalb des Willens der Interessenten. § 21.
2. Beendigung durch Gründe innerhalb des Willens der Interessenten. § 22.

Schlusswort. § 23.

Benutzte Litteratur.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1885.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht. München 1864.
Brunner, Art. „Familienfideikommiss“ in v. Holtzend. Rechtslex. 3. Aufl. Leipzig 1880.
v. Cramer, Observationes iuris universi. Ulm 1773—94.
Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. 4. Aufl. Halle 1881.
— Pandekten. 3. Aufl. Berlin 1892.
Eichhorn, Über die Allodifikation der Lehne. Göttingen 1828.
— Einleitung in das deutsche Privatrecht. 5. Aufl. Göttingen 1845.
v. Freiesleben, Die Familienanwartschaft nach d. neuesten Sächs. Rechte. Leipzig 1868.
Friedberg, Ein Beitrag z. Lehre v. d. Fideikommissen. Progr. d. Univ. Leipzig. 1892.
v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. 16. Aufl. Jena 1891.
— „Zur Lehre v. d. Fideikommiss- u. Lehnsschulden“ in seinen Abhdlg. Jena 1878.
Gierke, De debitis feudalibus. Dissert. Berlin 1860.
— „Fideikommisse“ in Conrads Handwörterb. d. Staatswissenschaften. Jena 1891.
Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Erlangen 1854.
Grefe, Hannovers Recht. Hannover 1861.
Gspan, Das Recht des Fideikommisses. Wien 1842.
v. Guaita, Gutachten im Bentinckschen Erbfolgestreit. 1860.
Heffter, Gutachten im Bentinckschen Erbfolgestreit.
Heydenreich (praeside Hertel), De alienatione fideicommissorum. 1739.
Hellfeld, De fideicommissis. Jenae 1779.
Hoffmann, Handbuch d. im Herzogth. Sachsen geltenden Lehnrechts. Leipzig 1865.
v. Kamtz, Versuch über d. langobardische Lehnsgesetz. II Feudor. 45. Göttingen 1794.
Knipschildt, Tractatus de fideicommissis familiarum nobilium. Köln 1654.
v. Kreittmayr, Anmerkungen zum Codex Maximilianeus. München 1798.
Lauterbach, Collegium Pandectarum. Halle 1706.
Lewis, Das Recht der Fideikommisse. Berlin 1868.
— Über Familienfideikommisse in Hirth, Annalen. Leipzig 1879.
Molina, De Hispaniae primogenituris. Köln 1601.
v. Moshamm, Versuch einer rechtlichen Entwickelung der Verhältnisse bei Geschlechtsfideikommissen. München 1816.
Otto, Das Recht der Lehngüter in den Erblanden d. Königr. Sachsen. Leipzig 1888.
Paetz, Lehrbuch des Lehnrechts. Göttingen 1837.
Pfaff und Hoffmann, Excurse über österr. bürgerl. Recht. II. Wien 1884. — Derselben: Zur Geschichte der Familienfideikommisse. Wien 1884.
Pfeiffer in Weiske Rechtslexikon, Bd. 6. Leipzig 1845. Art. Lehnrecht.
Phillipps, Deutsches Privatrecht.
Richter (Bodmann), Tentamen theoriae familiarum illustrium. Mainz 1790.
Rosin, Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Fideikommissen und hochadeligen Hausgütern, in Iherings Jahrbüchern. Bd. 32. Jena 1893.
v. Salza u. Lichtenau, Die Lehre von den Stamm-, Geschlechts- und Familienfideikommissen. Leipzig 1838.
Scholtz, Märkisches Provinzialrecht. Berlin 1854.
Schröder, Die rechtliche Natur der Lehenfolge im langob. Lehnrecht, in Zeitschr. für Rechtsgeschichte. Bd. 5. Weimar 1865.
Stobbe, Handb. d. deutsch. Privatrechts. Bd. 2. 5. 2. (Titel-)Ausg. Berlin 1880. 85.
Stryk, De iure succesionis in revocandis bonis familiae in opera omnia. Tom. III. Francofurti 1745.
Walter, System des deutschen Privatrechts. Bonn 1855.
Weber, Handbuch des Lehnrechts. Bd. 3, 4. Leipzig 1811.
Wildner, Das Fideikommissrecht, nach dem österr. bürgerl. Gesetzb. Wien 1835.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.
Zachariä, Handbuch des Königl. Sächs. Lehnrechts. Leipzig 1833.
Zettwach, Pommersches Provinzialrecht. Leipzig 1832.
Zimmerle, Das Stammgutssystem. Tübingen 1857.
Entscheidungen des Obertribunals.
Striethorst, Archiv.
Seuffert, Archiv.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Einleitung.

§ 1. Das Familienfideikommiss und das Lehn, bezüglich dessen die Lehnsherrlichkeit aufgehoben ist, machen auf den ersten Anblick einen so ähnlichen Eindruck, dass man sie unwillkürlich für verwandte Institute halten und von dem einen auf das andere schliessen möchte, was auch thatsächlich in der Litteratur vielfach geschehen ist.

Bei genauerem Zusehen dürften sie sich aber als durchaus heterogene Institute ausweisen. Sie unterscheiden sich nicht nur in ihrem Ursprung und ihrer historischen Entwicklung, sondern sie erheischen auch bei der Beurteilung ihrer gegenwärtigen Rechtsverhältnisse eine durchweg verschiedene Behandlung, endlich können die bestehenden Lehne und Fideikommisse im Ganzen und in ihren Teilen aus gänzlich verschiedenen Gründen zu existieren aufhören.

Die einzelnen Ähnlichkeiten und Unterschiede sind so gestaltet, dass sie in ihrer Mannigfaltigkeit kaum recht zur Anschauung gebracht werden können, wenn man beide Institute getrennt darstellen und erst dann die Unterschiede hervorheben wollte. Diese scheinbar klarere Art des Vorgehens dürfte in Wirklichkeit der eingehenden Erkenntnis der Verschiedenheiten Schwierigkeiten machen: die Erkenntnis, dass die beiden Institute gar nicht verwandt sind, möchte sich vielmehr viel zwingender und tiefer aufdrängen, wenn man die einzelnen Punkte aus beiden Instituten nebeneinander behandelnd die Anschauung der Differenzen und der reinen Äusserlichkeit der Ähnlichkeiten in dieser Form unmittelbar herbeiführt und somit dem Leser ein Zurückgehen auf früher Gesagtes thunlich erspart. Das ist der bei der nachstehenden Ausführung leitende Gesichtspunkt gewesen.

I. Unterschiede in der Entstehung, historischen Entwickelung und den rechtlichen Grundlagen der beiden Institute.

1. Entstehung und historische Entwickelung.

§ 2. Was zuerst den Ursprung und die historische Entwickelung der beiden Institute betrifft, so ist das Fideikommiss stets ein Institut des reinen Privatrechts gewesen, während das Lehn nach seiner ganzen, zum Beweise dessen hier unten angedeuteten Entwickelung dem öffentlichen Rechte angehört. Für die theoretische und praktische Beurteilung des Lehns, ja sogar unter Umständen für die Entscheidung der Rechte des einzelnen Interessenten, kommen, im Gegensatze zum Fideikommiss, noch heute Sätze des öffentlichen Rechts zur Anwendung.

a) Das Lehn.

Das weitaus ältere der beiden Institute ist das Lehn.

Seine Bedeutung ist in ihrem Ursprunge wesentlich eine militärische. Wir finden seine Wurzeln um den Anfang des 8. Jahrhunderts im fränkischen Reich, wo es sich durch die Verschmelzung eines persönlichen Rechtsverhältnisses, der Vassalität, mit einem dinglichen, dem Beneficialwesen, entwickelte. Der König und die Grossen des Reichs vergeben ihnen gehörige Grundstücke an Leute, die ihnen dafür Dienste und Treue gegen anderseits versprochenen Schutz zu leisten haben. Sie bilden sich dadurch einen starken bewaffneten Anhang, der zu Kriegsdiensten jeder Art verpflichtet ist und so dem Fürsten ein jederzeit bereites Heer sichert.

Im deutschen Reich entwickelt sich das Lehnswesen weiter. Bald erhielten die Belehnten das Recht, ihre Lehnsgüter zu vererben, ein Rechtszustand, welcher seit Anfang des 12. Jahrhunderts ein unbestrittener ist.

Allmählich durchdringt das Lehnswesen alle Verhältnisse. Nicht nur Grundstücke, auch Rechte, welche einen dauernden Genuss gewähren, werden Gegenstand desselben, so die Rechte des Herzogtums, der Grafschaft, der Gerichtsbarkeit u. s. w. Die Landesherren, Richter, Beamte, sind Vassallen des Königs oder sonstiger Lehnsherren und übertragen das ihnen zustehende Recht wieder an andre.

So sehen wir im 12. und 13. Jahrhundert das Lehnswesen in seiner vollsten Blüte als das Institut, auf dem die ganze Staatsverfassung beruht und welches eine Art Unterthanenverhältnis schafft, wie es das sonst lockere Gefüge des alten Staatswesens nicht kennt.

Mit dem Ende des Mittelalters beginnt die Bedeutung des Lehnswesens zu sinken. Die Fürsten ersetzen das Lehnsheer durch Söldnerheere. Der allmählich ausgebildete Begriff des Unterthanenverhältnisses macht die Stütze, welche Herr und Vassall bisher in den Lehnsverhältnissen fanden, entbehrlich, er führt herbei, dass auf die frühere Natur des Verhältnisses zwischen Herrn und Vassallen nicht mehr das alte Gewicht gelegt und so das Lehnsverhältnis in die rein wirtschaftliche Sphäre hinabgedrückt wird. Die ziemlich zahlreich vorgenommenen Mit- und Eventual-Belehnungen vermindern die Wahrscheinlichkeit für den Lehnsherrn, wieder in den Besitz des Lehns zu kommen, und dies führt zur gänzlichen Aufhebung der Lehnsherrlichkeit.

Die staatsrechtlichen Verhältnisse des alten deutschen Reichs brachten es mit sich, dass die Auflösung der Lehnsverhältnisse sich in den verschiedenen Territorien verschieden vollzog und dass die Entwickelung der neueren Lehnsverhältnisse eine partikuläre ist.

Den ersten Schritt zur Auflösung der Lehnsverhältnisse that der König Friedrich Wilhelm I. in Preussen. Er verordnete durch das Gesetz vom 5. Januar 1717 die Aufhebung von Adels-, Schulzen- und Bauernlehen, mit Ausnahme der Thron- und Erbämter-Lehen, der extra curtem und der auf 2 Augen stehenden. Doch wurde das Gesetz nur langsam und unvollständig durchgeführt.

Die Auflösung des alten deutschen Reichs (1806) hob die Lehnsabhängigkeit der Fürsten auf.

Vom Anfange dieses Jahrhunderts an verzichten dann viele Landesherren auf die Lehnsherrlichkeit.

Eine weitere Entwickelung bringt das Jahr 1848. In den Grundrechten wurde gesagt: „Aller Lehnsverband ist aufzuheben. Das nähere haben die Gesetzgebungen der Einzelstaaten anzuordnen.“ In der Folge haben alle Staaten — Mecklenburg und Reuss ä. L. ausgenommen — die Lehnsherrlichkeit beseitigt.

Damit sind aber nur die Beziehungen zwischen dem Lehnsherrn und Vassallen aufgehoben. Dagegen werden die Rechte der Lehnsfolger dadurch nicht alteriert, die Lehnsverbände sind bestehen geblieben. Die Aufhebung auch dieser Lehnsverbände ist erst in der neuesten Zeit durch verschiedene Partikulargesetze angebahnt worden, in Preussen durch Provinzialgesetze, wie z. B. für die Provinzen Sachsen und Brandenburg durch das Ges. vom 28. März 1877.

Doch ist die Wirkung dieser Gesetze noch nicht so weit vorgeschritten, dass nicht noch eine grosse Zahl von Gütern existiert, die, obgleich die Lehnsherrlichkeit aufgehoben ist, noch unter Lehnrecht stehen.

b) Das Familienfideikommiss.

Ganz anders ist der Gang der Entwickelung des Familienfideikommisses. Seine Geschichte zeigt, dass es mit dem öffentlichen Rechte nichts zu thun gehabt hat. Es ist entstanden aus dem rein privatrechtlichen Bedürfnisse der Familien, ihren Grundbesitz oder anderes Vermögen der Familie zu erhalten.

Wenn das Familienfideikommiss durchaus nicht zu verwechseln ist mit dem Grundbesitz in seiner Gebundenheit nach dem früheren deutschen Recht, so darf derselbe doch, schon um Verwechselungen zu verhüten, nicht ganz unerwähnt bleiben. Im alten deutschen Recht waren Veräusserungen von Grundeigentum ohne die Genehmigung der Erben verboten. Die Rechtsfähigkeit der Familienmitglieder hing geradezu ab von dem Vorhandensein eines Familienguts. Man sieht, dass hier öffentlich rechtliche Gesichtspunkte massgebend waren. Diese verschwanden jedoch im Laufe der Zeit, und es bildete sich die volle Freiheit des Grundeigentums, soweit es in allodialem Besitze stand, aus. — Reminiscenzen an die alte Gebundenheit mögen es dann gewesen sein, welche im 15. Jahrhundert dahin führten, dass ein Eigentümer anordnen durfte, dass sein Gut niemals geteilt werden oder an wen es nach seinem Tode fallen solle, sofern er ohne Erben sterbe. Kurz, es machte sich allmählich das Bestreben geltend, das Gut einer bestimmten Familie möglichst zu erhalten. Wo das Familiengut Lehn war, war in dem Lehnsverhältnisse die Befriedigung jener Idee gegeben. Mit dem allmählichen Verfall des Lehnswesens, dem Seltenerwerden der Lehen, machte sich das Bedürfnis nach einem andern Institut geltend, welches einen Ersatz bieten konnte.

Der hohe Adel war nicht erfasst von jenen Rechtsbildungen, welche die Ungebundenheit des Grundbesitzes herbeiführten, er ergänzte den alten Zustand autonomisch durch Hausgesetze und Familienverträge.

Der niedere Adel und das Patriziat wurden gedrängt zu Stiftungen, vermöge deren sie das Familienvermögen retteten vor dem Ergriffenwerden durch die freieren Rechtsbildungen.

Die Formen, in denen diese Stiftungen zuerst gemacht werden, sind bald Testamente, bald Urkunden über die Einigung mehrerer Agnaten, unterstützt durch weibliche Erbverzichte, die sich zwar als eine Art Autonomie darstellten, deren Zulassung aber nicht auf

Widerstand in dem zu jener Zeit staatlich kaum beachteten privatrechtlichen Gebiet stiessen.

Allmählich fand man auch eine juristische Form, um die verschiedenartigen Dispositionen einheitlich zu ordnen, und zwar nahm man dazu die Form des römischen Familienfideikommisses nach der nov. 159. Die demselben immanente Grenze wurde bald über die vierte Generation hinaus und bis in alle Ewigkeit verschoben und überhaupt das Institut in einer specifisch deutschen Form ausgebildet, so dass von dem römischen nur noch der Name blieb.

Costa[1]) sowie Pfaff und Hoffmann[2]) nehmen bezüglich der Wurzeln des Familienfideikommisses einen etwas anderen Standpunkt ein.

Das Fideikommiss nach der Darstellung von Costa wird angesehen als ein Institut teils des öffentlichen, teils des Privatrechts. Nach ihm wird es zurückgeführt auf das Institut des Stammgutes im älteren Rechte. Stammgüter gehören rechtlich in vieler Beziehung dem ius publicum an. Für das Fideikommiss möchte sich aber ein genetischer Zusammenhang mit dem alten deutschen Stammgute kaum annehmen lassen. Soviel kann man allerdings Costa zugeben, dass das Institut des älteren Stammgutes und das des heutigen Fideikommisses auf derselben Grundidee beruht, die er mit Recht darin sieht, dass ein Gut sich in einer Familie unveräusserlich erhält und in der Familie zur Erhaltung des Ansehens derselben von Geschlecht zu Geschlecht vererbt. Diese vielleicht auch nicht einmal zufällige Ähnlichkeit möchte es aber doch nicht rechtfertigen, aus der rechtlichen Konstruktion des früheren Stammgutes rechtliche Konsequenzen für das heutige Fideikommiss zu ziehen. Vielmehr ist hier die Darstellung des historischen Entwickelungsganges dahin versucht, dass unser heutiges Familienfideikommiss auf einer rein privatrechtlichen Grundlage beruht, wobei allerdings wiederum dem Costa zugegeben werden muss, dass römische und deutschrechtliche Elemente gleichzeitig Einfluss übten.

Pfaff und Hoffmann betonen sehr richtig gleich am Anfange[3]) ihrer Schrift, dass die Ursprünge des Fideikommisses auf das Privatrecht beschränkt seien. Ebenda heben sie treffend, wie auch hier geschehen ist, hervor, dass unsere Fideikommisse weder im corpus iuris zu finden, noch aus dem alten deutschen Privatrecht abzuleiten seien. Sie meinen, bei Erforschung des Ursprunges sei die gleich-

---

[1]) Costa, Entwickelungsgeschichte der deutschen Familienfideikommisse.

[2]) Pfaff und Hoffmann, Zur Geschichte der Fideikommisse.

[3]) S. 3.

zeitige Untersuchung der öffentlichen Verhältnisse nicht zu entbehren. Auch das ist richtig und auch dieser Erwägung ist diesseits Rechnung getragen, aber von vornherein muss dem entgegengetreten werden, dass darum das Rechtsinstitut irgendwie öffentlich rechtlicher Natur geworden sei. Dass öffentlich rechtliche Verhältnisse auf die Rechtsbildungen der privatrechtlichen Institute von erheblichem Einflusse sind, sehen wir noch heute und, man kann wohl sagen, bei jedem neueren Gesetze des privaten Rechts. Des weiteren ist den Schriftstellern darin beizutreten, dass die Einschränkung auf Deutschland unberechtigt sein würde. Naturgemäss war in der Zeit der Entwickelung unseres Rechtsinstitutes von Einfluss, was in irgend einem der anderen damaligen Kulturstaaten hervorgetreten war. Der Rechtswissenschaft besonders kann man in jener Zeit den internationalen Charakter nicht absprechen. Soweit Anstalten oder Rechtsschulen der romanischen Länder Vorbilder gaben, machten sich dieselben auch für die rechtliche Ausbildung des Institutes in Deutschland geltend, denn es war in den früheren Jahrhunderten jedenfalls mehr noch, als jetzt, herrschender Brauch, dass die Ausbildung der deutschen Juristen in ausländischen Städten erfolgte, was alles wohl keines besonderen Nachweises bedarf.

Alle diese Einflüsse völlig berücksichtigt, lässt aber den diesseits aufgestellten Satz dennoch bestehen, dass die Gestaltung des Institutes, so wie wir es in Deutschland haben, zwar unter jenen Einflüssen, aber doch auf deutschem Boden vor sich ging. Nirgends ist nachgewiesen und auch Pfaff und Hoffmann ist es nicht gelungen darzuthun, dass ein in irgend einem fremden Staate bestehendes Rechtsinstitut des Familienfideikommisses nach Deutschland übernommen und hier recipiert worden sei, etwa ebenso wie dies mit dem römischen Recht geschehen ist. Davon ist nirgends die Rede[1]). Was Pfaff und Hoffmann a. a. O. S. 8 über die betreffende Rechtslage in Spanien und anderen Ländern entwickeln, ist höchst beachtenswert, aber allerdings nur immer nur unter dem Gesichtspunkte, dass jene Länder mit ihren Rechtsgestaltungen zwar Einfluss übten, nicht aber fertige Institute zur Reception darboten; dass vielmehr die Entwickelung der Institute in Deutschland, auf deutschem Boden, vor sich ging und von den jeweiligen deutschrechtlichen Auffassungen in ihren Gestaltungen mindestens ebenso beeinflusst wurde, wie von den Lehren, welche das Ausland darbot. In Deutschland selbst sind so lebhafte politische und sociale Entwickelungen zu konstatieren, dass es völlig erklärlich ist, wenn auch rechtliche Anschauungen

[1]) Fast wörtlich ebenso Rosin in Iherings Jahrb., Bd. 32, S. 337.

unter diesem Einflusse Wandlungen erfuhren. Es dürfte schwer sein, von einem Rechtssatze zu sagen, dass und warum er specifisch deutscher Natur, in Deutschland stets so gewesen und nie geändert sei. Darum darf man auch den auf deutschem Boden erwachsenen Sätzen für das Familienfideikommiss noch nicht um deswillen die deutschrechtliche Anschauung absprechen, weil dieselben vielleicht auf anderen Gebieten im älteren deutschen Recht nicht vorhanden waren. Kannte das alte deutsche Recht Individualsuccession und Erstgeburtsrecht nicht, so ist damit noch nicht ausgeschlossen, dass es sich diese Begriffe als deutschrechtliche Begriffe anpassend an den Wandel der politischen und socialen Dinge aneignete. Wenn Pfaff und Hoffmann meinen, aus der Individualfolge der Erstgeborenen im Fürstenrecht habe sich die gleiche Folge für das Fideikommiss entwickelt, so kann man diesen Satz völlig unangefochten lassen, man braucht trotzdem in dieser Folge nicht die Reception eines fremden Institutes anzuerkennen. War fürstenrechtlich nach und nach eine derartige Erbfolge in Deutschland eingeführt, also nunmehr deutschrechtliche Erscheinung geworden, so ist nicht abzusehen, warum nicht unter diesem deutschrechtlichen Gebilde auf gleichem Gebiete für das Familienfideikommiss analoge Sätze sich bilden sollten. Was bei diesen Erscheinungen verwertet wird, um historisch die Wurzeln unseres Familienfideikommisses in das Ausland zu verlegen, kann demnach mit gleichem Recht dafür angeführt werden, dass, wie auch Rosin meint, die historische Entwickelung in Deutschland und im Anschluss an die in Deutschland nach und nach entstandene Rechtsanschauung vor sich ging. Interessant wäre es zu untersuchen, ob nicht auf dem von Pfaff und Hoffmann gegangenen Wege auch ein rückwirkender Einfluss der Entwickelung in Deutschland auf die Weiterentwickelung im Auslande nachgewiesen werden könnte. Und doch würde man, trotz solchen Einflusses, jene ausländischen Institute geschichtlich nicht gerade auf das deutsche Familienfideikommiss zurückführen mögen. Für die diesseitige Darlegung kann noch ganz besonders Bezug genommen werden auf Pfaff und Hoffmann a. a. O. S. 41. Sie sagen dort sehr treffend, dass durch mächtige Tendenzen des Rechtsbedürfnisses und der Rechtshandhabung in Deutschland der Boden für die entstandenen Familienfideikommisse vorbereitet war, und dass diese Tendenzen älter waren, als die vom Auslande zu Hülfe kommenden Neuerungen, also mit anderen Worten: die Gestaltungen des Auslandes sind zum Ausbau benutzt, aber sie sind nicht die historischen Grundlagen.

Der dauernde Gebrauch der oben genannten Privatdispositionen führte gewohnheitsrechtlich zur Aufnahme derartiger Dispositionsakte

als Rechtsinstitute in das Rechtsleben, so dass die früher nur zugelassenen autonomartigen Einzelakte in der späteren Zeit sich lediglich darstellen als Anwendung eines vorhandenen Rechtsinstitutes.

Dargestellt und zur wissenschaftlichen Erkenntnis gebracht ist das Institut des Familienfideikommisses zuerst von Knipschildt in seiner Schrift Tractatus de fideicommissis familiarum nobilium 1654.

In der Folge durch die Doktrin weiter ausgebildet, ward es bald in einzelne Partikularrechte aufgenommen. Zuerst in Bayern Codex Maximilianeus III. c. 10; bayrisches Edikt über Familienfideikommisse vom 26. Mai 1818, dann in Preussen Allgem. Landrecht II. 4 (1794).

Das Ende des vorigen Jahrhunderts bringt mit seinen freiheitlichen Bestrebungen und Lehren und dem sich daraus entwickelnden Streben nach Ungebundenheit des Grundeigentums dem Institute grosse Gefahr. Infolge der französischen Revolution und der darauf stattgefundenen Einführung des französischen Rechts in Teile Deutschlands verschwindet das Institut in vielen Staaten, um dann mit der Restauration wieder hergestellt zu werden.

Dann wieder schuf das Jahr 1848 mit seinen aus der französischen Revolutionszeit aufgenommenen Ideen einen Umschwung der Verhältnisse. Die meisten Verfassungen verboten die Errichtung von Familienfideikommissen z. B. die Preussische vom 31. Januar 1850 Art. 4, die Braunschweigische vom 19. März 1850, die Lippesche vom 4. September 1849. Doch bald wurden die aufhebenden Bestimmungen wieder beseitigt, z. B. in Preussen durch das Gesetz vom 5. Juni 1862, in Braunschweig durch das Gesetz vom 20. Mai 1858, in Lippe durch das Gesetz vom 2. Mai 1854. Seitdem ist das Institut nicht wieder durch die Gesetzgebung angefochten worden.

Aber obgleich ein Institut des reinen Privatrechts, hat das Fideikommiss doch dulden müssen, dass auch auf seine Beurteilung die verschiedenartigen politischen Strömungen ihre Wirkung ausübten und dass es vermöge dieser Einflüsse, wenn auch nur äusserlich in seiner wissenschaftlichen Behandlung, bald dem Lehn sich näherte — wenn man es wie das Lehn als unfruchtbares Institut behandelte, bald sich von demselben entfernte — wenn man seine Lebensfähigkeit und Existenzberechtigung anerkannte.

2. Die rechtlichen Grundlagen beider Institute.

§ 3. Was nun die Quellen betrifft, aus denen bei der Behandlung des Familienfideikommisses und des Lehns zu schöpfen ist, so haben wir für das Lehn gemeinrechtlich die positiven Be-

stimmungen der in Deutschland recipierten libri feudorum, abgesehen von etwaigen partikularrechtlichen abweichenden Bestimmungen. Jene libri sind natürlich durch das Gewohnheitsrecht modificiert und kommen auch für die Beurteilung der Lehen mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit als Grundlage zur Anwendung[1]).

Nicht so feststehend sind die für die Betrachtung der Familienfideikommisse anzuwendenden Rechtssätze. Die Existenz des Familienfideikommisses als Rechtsinstitut überhaupt ist durch Gewohnheitsrecht begründet und als objektiv feststehend zu erachten, nicht aber ist anzunehmen, dass auch die Ausgestaltungen des Instituts, seine naturalia, im einzelnen stets auf Gewohnheitsrecht beruhen. Wohl haben sich einzelne gewohnheitsrechtliche, d. h. auf Rechtsüberzeugung des Volks beruhende Sätze herausgebildet, das meiste aber ist durch „Juristenrecht" gestaltet, welches nach Beseler, sofern es nicht zum Gewohnheitsrecht geworden ist, objektiv verbindliche Kraft nicht hat. Ob rechtens sei, was bisher angewandt wurde, kann sonach sehr wohl einer Nachprüfung und erneuten Feststellung unterzogen werden.

Dies muss bei der Betrachtung des Familienfideikommisses um so mehr geschehne, als die theoretische Behandlung der einzelnen Teile des Instituts in den verschiedenen Zeiten die verschiedenartigste gewesen ist und gerade in der neuesten Zeit in einer von Rosin 1893 veröffentlichten Abhandlung Grundsätze entwickelt werden, welche geeignet erscheinen können, die ganze bisher „herrschende" Meinung in andere Bahnen zu lenken.

Während eigentlich bei der Behandlung der Unterschiede davon abzusehen wäre, die einzelnen Begriffe innerhalb der Institute zu entwickeln, und diese Begriffe vielmehr als feststehende Grössen aus der Litteratur entnommen werden müssten, ist dies bei dem Familienfideikommiss nicht angängig; hier müssen vermöge der Art der in Frage kommenden rechtlichen Handlungen, bevor zu einer Vergleichung mit den entsprechenden Einzelbestimmungen des Lehnrechts geschritten werden kann, für das Fideikommiss überall erst bestimmte Grundsätze gewonnen werden.

---

[1]) Es gelten also noch heute für das Lehn mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit dieselben Grundsätze wie für das Lehn mit bestehender Lehnsherrlichkeit. Fortgefallen sind bei den ersteren nur diejenigen Bestimmungen, welche speziell auf dem Treuverhältnis des Vassallen zum Herrn und umgekehrt beruhen, so z. B. die Bestimmungen über Folgen der Felonie, über Pflicht zur Heerfolge etc.

II. Unterschiede im Stande der gegenwärtigen Rechtsverhältnisse.

A. Unterschiede in Begriff und Zweck.

§ 4. Nach Rosin[1]) ergiebt sich folgender Begriff des Fideikommisses aus dessen historischer Entwickelung:

„Das Familienfideikommiss ist ein Sondergut, welches auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts durch Privatdisposition zur Erhaltung der sozialen Stellung einer Familie unveräusserlich gewidmet dem nach bestimmter Folgeordnung berufenen Besitzer ein in Gemässheit jenes Zweckes durch unentziehbare Anwartschaftsrechte der übrigen Berufenen beschränktes Eigentum bietet."

Das Lehn ist auch ein Sondergut, an welchem dem Belehnten von dem Lehnsherrn ein ausgedehntes Nutzungsrecht unter Vorbehalt des Eigentums für sich selbst verliehen war mit der Befugnis, dasselbe weiter zu vererben nach einer bestimmten Successionsordnung in der Weise, dass für die in dieser Successionsordnung Inbegriffenen ein unentziehbares Anwartschaftsrecht besteht. Das Lehn ist nach Aufhebung der Lehnsherrlichkeit in das beschränkte Eigentum des Besitzers übergegangen. Zwar sind alle Rechte des Lehnsherrn aufgehoben, aber nicht die Rechte der Anwärter. Diese können durch eine trotz ihres Rechts geschehene Veräusserung nicht beeinträchtigt werden. In so weit kann man von einer Unveräusserlichkeit des Lehns reden.

Bei beiden Instituten steht im Vordergrunde des Begriffes die Unveräusserlichkeit. Aber sie ergiebt sich aus verschiedenen Ursachen. Dem Fideikommissbesitzer ist die Veräusserung absolut verboten durch den Willen des Stifters, der für alle Zeiten rechtliche Gültigkeit hat. Den Lehnsbesitzer hinderte vor Aufhebung der Lehnsherrlichkeit an der Veräusserung das Recht des Herrn absolut, ausserdem standen, doch erst in zweiter Linie, die Rechte der Anwärter entgegen. Nach Aufhebung der Lehnsherrlichkeit ist nur das Recht der Anwärter geblieben und der Besitzer lediglich durch dieses an der Veräusserung gehindert. Das absolute und absolut wirkende Veräusserungsverbot, welches wir beim Fidei-

[1]) vgl. Rosin in Iherings Jahrbb. Bd. 32. S. 349.

kommiss gefunden haben, existiert also hier nicht mehr. Denn beim Fideikommiss war die absolute Wirkung nicht aus dem Rechte der Anwärter, sondern aus der Willensbestimmung des Stifters herzuleiten.

Der Zweck des Fideikommisses, welcher das ganze Institut beherrscht und den Grund für das hauptsächlichste begriffliche Merkmal, die Unveräusserlichkeit, abgiebt, ist die Erhaltung der Familie. Die Familie soll, soweit menschliche Einwirkung reichen kann, ein gesichertes Vermögen besitzen, ihr Glanz soll erhalten werden. Das einzelne Mitglied soll verhindert sein, das Fortbestehen der Familie als einer besitzenden in Frage zu stellen. Das ist der Zweck des Familienfideikommisses.

Der Zweck des Lehns dagegen ist ein ganz anderer. Das Lehn wurde gegeben nicht nur im Interesse des Lehnsträgers, sondern vor allem auch im Interesse des Lehnsherrn. Die Unveräusserlichkeit des Lehnsguts ist statuiert in Rücksicht auf den Lehnsherrn, der durch eine Veräusserung in seinen Interessen geschädigt, dessen Eigentum verloren gegangen wäre. Das Interesse des Lehnsherrn kehrt in allen Lehnsbüchern als das Wichtigste bei dem Veräusserungsverbot wieder[1]), wie ja das ganze Institut auf dem Verhältnisse des Lehnsherrn zum Vassallen beruht, nicht auf dem Verhältnisse des Vassallen zu den Agnaten; deren Interesse kommt stets erst in zweiter Linie. Das Interesse der Agnaten ist überhaupt erst ein späteres, mit dem Erblichwerden der Lehen hinzugekommenes. Denn das Beispruchsrecht der Erben, auf dem die Unveräusserlichkeit des Lehngutes zu Gunsten der Agnaten beruht ist erst in späterer Zeit dem Lehnsbesitzer entgegengetreten[2]). Jetzt nun, nachdem die Lehnsherrlichkeit aufgehört hat, ist damit eigentlich der Zweck des ganzen Instituts fortgefallen. Man kann füglich nicht sagen, dass der Zweck des Instituts, und somit der Unveräusserlichkeit, nunmehr die Erhaltung des Guts in der Familie sei. Es kann ein Institut nach tausendjähriger Geschichte seinen Zweck nicht plötzlich wechseln. Die Unveräusserlichkeit gegenüber den Agnaten ist vielmehr die Folge eines noch bestehenden Zustands, der, obgleich ohne inneren Zweck, nicht plötzlich nach so langem Bestehen aufgehört hat.

Dass der ursprüngliche Zweck des Lehns hinfällig geworden ist und die jetzt noch bestehenden Überbleibsel als zwecklose rudera keine fernere Existenzberechtigung mehr haben, ist anerkannt, und

---

[1]) vgl. II Feudor. 52. 55.
[2]) vgl. Rosin a. a. O. S. 327ff.

von der neuen Partikulargesetzgebung fast durchweg dadurch bethätigt, dass man bei der Aufhebung der Lehnsherrlichkeit nicht stehen geblieben ist, sondern eine Beendigung des Instituts überhaupt angebahnt und dessen fernere Wirkungsäusserung nur noch in so weit anerkannt hat, als es durch die wohlerworbenen Rechte der Anwärter geboten erschien.

Der Beweis dafür, dass Begriff und Zweck in der soeben gefundenen Formulierung in dem Rechtsleben feststehen, wird nachstehend als geführt zu erachten sein.

Die Grundlagen beim Lehn[1]) sind die positiven Bestimmungen der libri feudorum und deren anerkannt gewohnheitsrechtliche entsprechende Anwendung auf die heutigen Verhältnisse.

Die Grundlagen für die begrifflichen Merkmale des Familienfideikommisses lassen sich auch, wenigstens für das Hauptmerkmal, die Unveräusserlichkeit, als gewohnheitsrechtlich und objektiv feststehend betrachten. Der Wille des Stifters allein würde vielleicht nicht genügen, denn ein Willensakt an sich kann unbedenklich eine dauernde Unveräusserlichkeit nicht herbeiführen. Wenn der Stifter, statt ein Fideikommiss zu errichten, einfach bezüglich eines Gutes bestimmen wollte, dasselbe solle in alle Ewigkeit unveräusserlich sein, so möchte diesem Willensakte kaum volle Wirksamkeit beigemessen werden können. Das Recht legt einem Willen an sich im Allgemeinen eine derartige Tragweite nicht bei. Eine so weit gehende Wirkung und Gültigkeit kommt dem Willensakte nur unter den Voraussetzungen und bei denjenigen Rechtsgeschäften zu, für welche das über dem Willen stehende objektive Recht dies ausdrücklich anerkennt.

Wie liegt es nun beim Fideikommiss? Wir haben gesehen[2]), dass das Fideikommiss seinem Zwecke nach „begriffsmässig“ unveräusserlich sein muss. Wird dies Essentiale herausgenommen, so würde dies das Wesen der Sache und damit den Begriff selbst negieren und das ganze Institut eliminieren, denn ein Gut, vermacht mit dem Rechte der Veräusserung durch den Besitzer, ist dessen Allod. Diesem feststehenden Satze tritt der ebenso feststehende hinzu, dass unsere Zeit faktisch und rechtlich, wie oben schon erwähnt, das Fideikommiss recipiert, dass es in unserem Rechtsleben seine Stelle gefunden hat. Aus diesen beiden Momenten ergiebt sich eines Gutes Unveräusserlichkeit, sobald dasselbe in rechtsgültiger Form zum Familienfideikommiss gestaltet ist. Lediglich

---

[1]) cfr. § 3.
[2]) § 4.

diese Gestaltung ist Gegenstand des Willensaktes des Stifters; die Unveräusserlichkeit ist somit als Essentiale eine kraft Gesetzes implicite im Errichtungsakt enthaltene Bestimmung[1]).

Über den Unterschied in der Errichtung und in dem Gegenstande der hier begrifflich festgestellten Institute ist wenig zu sagen.

In der Errichtung ist jede Vergleichung ausgeschlossen. Das Lehn fand seine Wurzel im öffentlichen Recht und kann heute überhaupt nicht mehr errichtet werden. Das Fideikommiss beruht auf Privatwillkür und kann von jeder dispositionsfähigen Person gestiftet werden.

Gegenstand der Errichtung, sowohl eines Lehns als eines Fideikommisses, kann im grossen Ganzen dasselbe sein. Jedenfalls kann das Objekt nur ein abgegrenztes bestimmtes Vermögen sein oder bestimmte einzelne Vermögensstücke umfassen. So z. B. kann der Stifter eines Fideikommisses nicht alles zukünftige Vermögen seiner Descendenten zum Fideikommiss machen, denn er kann eine solche Stiftung nur errichten in Bezug auf Sachen, über die er verfügen kann. Lehns- und Fideikommissvermögen ist in der Hand des jeweiligen Besitzers ein besonderes, von seinem übrigen Vermögen getrenntes Objekt, ein Sondergut, vgl. S. 16, „das (Lehns- und Fideikommiss-) Vermögen teilt mit dem allodialen Vermögen des Besitzers die subjektive Beziehung, den Eigentümer, aber es bildet in seiner Hand eine besondere Masse“[2]).

B. Unterschiede in der Succession.

Allgemeines für beide Institute.

§ 5. Was die Nachfolge in das Fideikommiss- oder Lehnsvermögen betrifft, so hängt die Frage, ob dieselbe eine Universal- oder Singularsuccession sei, mit der Natur des Objektes zusammen, in welches die Succession stattfindet.

Nach den einen, welche annehmen, dass das Lehns- bezw. Fideikommissvermögen eine universitas bilde, ist sie eine Universalsuccession (Gerber, Stobbe, Rosin), nach den andern, welche eine Succession in einzelne Gegenstände annehmen, ist sie eine Singularsuccession. Letztere wird auch darum von einzelnen angenommen, weil der Lehns- bezw. Fideikommisssuccessor nicht in die ganze

[1]) Wenn z. B. A dem B sagt, er verkaufe ihm dies, so ist in diesem Worte das Essentiale der Übereignung gegen Kaufgeld enthalten.

[2]) Rosin a. a. O. S. 354.

vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, sondern nur in einen Teil derselben, nämlich in die succediert, welche sein Vorbesitzer in der Eigenschaft als Lehns-, bezw. Fideikommissbesitzer repräsentiert.

Soweit sich aus der Entscheidung der Frage nach der Art der Succession Verschiedenheiten ergeben möchten, würden sie für beide Institute, da die Betrachtung der Natur des Objektes keiner Verschiedenheit unterliegt, in gleicher Weise eintreten. Eine Verschiedenheit der Succession bei Lehn- und Fideikommiss ist nicht zu konstruieren.

1. Die Art der Succession.

a) Bei dem Fideikommiss.

§ 6. Der Rechtsgrund, auf dem die Succession in das Fideikommiss beruht, ist der in gültiger Form kundgegebene Wille des Stifters und das durch denselben gegebene unentziehbare Anwartschaftsrecht. Für den Anwärter ist nicht der Vorbesitzer Erblasser, sondern jeder Folger succediert unmittelbar dem Stifter: „Der Besitzer erscheint als zeitlicher Nachfolger des Vorbesitzers, aber als rechtlicher Successor des Stifters[1])".

Man hat diese Art der Succession als „successio ex pacto et providentia maiorum" bezeichnet. Sie folgt mit Notwendigkeit aus dem Wesen und Zwecke des Fideikommisses selbst und bildet die Ergänzung des Veräusserungsverbotes. Würde man nämlich annehmen, dass jeder Besitzer dem Vorbesitzer succediere, wie das bei der gewöhnlichen Civilerbfolge der Fall ist, so würde der Fideikommisssuccessor als „Erbe" des Vorbesitzers dessen facta zu prästieren haben, er müsste dann auch unerlaubte Verfügungen des Vorbesitzers über das Fideikommiss anerkennen. Damit wäre jedem Besitzer thatsächlich die Möglichkeit gegeben, über das Fideikommiss zu verfügen und würde die Wirkung des Veräusserungsverbotes paralysiert sein. Damit aber wäre der Zweck und das Ziel des Fideikommisses in Frage gestellt. — Succediert er dagegen dem Stifter direkt, so binden ihn Verfügungen des Vorbesitzers nicht, da er nur dessen zeitlicher, nicht dessen Rechts-Nachfolger ist.

Indem diese Art der Succession aus dem Wesen des Fideikommisses begriffsmässig folgt, das Fideikommiss aber, wie oben S. 18 ausgeführt, thatsächlich existiert, so können wir auch den Satz, dass die Art der Succession eine successio ex pacto et providentia maiorum sei, als objektiv feststehend annehmen.

---

[1]) Rosin, S. 355.

Da der Allodialnachlass und das Fideikommissvermögen durchaus verschiedene Massen sind, die Art der Succession eine andre ist, der Fideikommisssuccessor als solcher nicht die Persönlichkeit des Vorbesitzers fortsetzt, so ergiebt sich daraus, dass der Fideikommisssuccessor, falls ihm der Allodialnachlass des Vorbesitzers gleichzeitig deferiert wird, diesen ausschlagen kann, ohne darum in seinen Rechten auf die Fideikommisssuccession beeinträchtigt zu werden. Nimmt er beide Erbschaften an, so succediert er in doppelter Weise, einmal dem Stifter, und einmal dem Vorbesitzer, und seine Verpflichtung, für Handlungen des letzteren einzustehen, richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die Haftung der Erben. Ob und wie weit derjenige, welcher beide Erbschaften annimmt, durch die Annahme der Allodialerbschaft in seinen Rechten als Fideikommisssuccessor beeinträchtigt wird, insofern er Verfügungen des Erblassers auch über das Fideikommissvermögen anerkennen müsste, soll bei den Folgen der Veräusserung untersucht werden[1]).

b) Bei dem Lehn.

§ 7. Während also beim Fideikommiss der Grundsatz der Succession als einer successio ex pacto et providentia maiorum streng durchgeführt ist und die Fideikommissfolge von der Allodialerbfolge scharf getrennt wird, ist dieses Princip bei dem Lehn nicht so schroff entwickelt.

Die gleichen Grundsätze gelten beim Lehn nur in bezug auf die Succession der ferneren Agnaten, nicht aber in betreff der Descendenten, denn es besteht die positive Vorschrift der libri feudorum, dass der Descendent des verstorbenen Besitzers nicht befugt ist, den Allodialnachlass auszuschlagen und das Lehn zu nehmen[2]). Er kann nur beides ausschlagen oder beides nehmen, so dass hier ein tief einschneidender Unterschied im Vergleich zur Fideikommissfolge hervortritt. Der Agnat beim Lehn hingegen hat die Wahl, ob er den Allodialnachlass ausschlagen will oder nicht.

Es ist infolgedessen streitig, ob man bei der Lehnsfolge überhaupt eine successio ex pacto et providentia maiorum annehmen

---

[1]) Vgl. § 19, *β*.

[2]) II Feudor. 45. Dazu die Glo. Repudiare: Et ita nota, quod deterior condicio est filiorum, quam agnatorum, sic supra si vasallus feu. pri. [II 31]. quod videtur mirum: maxime cum fuerat paternum quod potius principali providentia videtur ad eum pertinere debere quam iudicio defuncti (vgl. Stobbe 5, 331) und Glo. Retinere poterit: Hoc ideo contingit, quia potius principali providentia quam ex iudicio sive ex successione defuncti ad eum pervenit: a maioribus enim potius hoc intelligitur quam abisto.

kann, zumal sich der Begriff aus den Quellen nicht herleiten lässt. Teils wird sie ganz und gar geleugnet (Schröder)[1]), teils nur für die Folge der Agnaten aufgestellt (Eichhorn, Phillips, Beseler)[2]), teils wird sie allerdings auch allen Agnaten wie Descendenten zugeschrieben (Kamptz, Pätz, Weber, Gerber)[3]).

Diese letztere Anschauung dürfte sich weder empfehlen, weil in den Quellen stets die Descendenten den Agnaten gegenüber gestellt werden[4]), noch notwendig sein.

Eine innere Notwendigkeit, so, wie bei dem Fideikommiss, auch bei dem Lehn eine successio ex pacto et providentia maiorum anzunehmen, besteht jedenfalls nicht. Denn der Begriff des Lehns würde dadurch noch nicht alteriert, dass das Lehn infolge direkter Succession in die Vermögenssphäre des vorigen Lehnbesitzers und der dadurch bewirkten Unanfechtbarkeit seiner Dispositionen seitens des Nachfolgers aus der Familie de facto herausgehen könnte. Nicht auf dem Verbleiben des Gutes in der Familie beruht der Begriff des Lehns, sondern auf dem Verhältnisse zwischen dem Herrn und Vassallen. Auf die Rechte des Herrn aber kann die Art der Succession keinen Einfluss üben, das Aufhören der Lehnsherrlichkeit kann in den Begriff des Lehns die beregte innere Notwendigkeit nicht hineingetragen haben.

Inwiefern durch die notwendige Koexistenz der Lehns- und Allodialfolge für den Descendenten des Erblassers Beschränkungen der Rechte der Descendenten sich ergeben, wird weiter unten[5]) gezeigt werden.

Ein tief einschneidender Unterschied für Fideikommiss- und Lehnfolge überhaupt ist aber schon hier zu erkennen.

2. Kreis und Fähigkeit der Berufenen.

§ 8. Berechtigt sind zur Succession in das Fideikommiss die von dem Stifter Berufenen. Ist seitens des Stifters eine bestimmte Familie nicht bezeichnet, so sind berechtigt die Descendenten des ersten Inhabers. Das ergiebt sich aus dem Zwecke des Fideikommisses, den Glanz einer Familie zu erhalten, und aus dem präsumtiven Willen des Stifters, dass seine Zuwendungsabsicht gerade auf diese Familie ging.

---

[1]) Schröder, Ztschr. f. Rechtsgesch., Bd. 5, S. 295.

[2]) Eichhorn, § 353; Phillips, Privatr., § 225; Beseler, Bd. 2, S. 505 ff.

[3]) Kamptz, Versuche, S. 25 ff.; Pätz, Lehrb., § 101; Weber, Handb., Bd. 3, S. 427 ff.; Gerber, § 266.

[4]) II Feudor. 11, 50.

[5]) In § 17.

Successionsberechtigt beim Lehn sind nach dem gemeinen Lehnrechte die Descendenten des zuerst beliehenen Vassallen. Partikulär findet sich noch der alte deutsche Grundsatz, dass nur Descendenten des letzten Besitzers successionsfähig sind.

Natürlich können bei beiden Instituten auch andere Personen berufen werden, beim Fideikommiss durch den Willen des Stifters, beim Lehn durch den Lehnsvertrag, bei diesem in der Form der Mit- oder Eventualbelehnung.

Von den Mitgliedern des berufenen Personenkreises kommen bei beiden Instituten gemeinrechtlich nur die Agnaten in deutschrechtlichem Sinne, d. h. die im Mannesstamm verwandten Männer in Frage. Beim Lehn beruht dies auf der positiven Satzung[1]). Beim Fideikommiss ergiebt es sich, wie schon Knipschildt[2]) hervorhebt aus dem Zwecke, das Gut der Familie zu erhalten; die Familie wird aber nur durch die Männer erhalten, da die Weiber durch ihre Verheiratung aus der Familie ausscheiden. Auch hier können Abweichungen durch den Willen des Stifters bezw. den Lehnsvertrag eintreten. Desgleichen sind partikularrechtlich für beide Institute häufig abweichende Bestimmungen getroffen, nach denen im Zweifel jedoch Weiber erst nach dem Aussterben des Mannesstammes zur Succession berufen sind[3]).

Durch die neueren Allodifikationsgesetze sind partikularrechtlich noch weitere wesentliche Veränderungen für das Lehn hinzugekommen.

Regelmässig wird verlangt, dass die Anwärter sich bei Verlust ihres Successionsrechts in das Grundbuch eintragen lassen. So in Preussen (Provinzialgesetze), Sachsen, Bayern.

Nach einzelnen (preussischen) Gesetzen bleibt die Successionsfähigkeit nur bestehen für die beim Erlass der Gesetze lebenden oder binnen einer bestimmten Frist geborenen Personen.

Andere Gesetze lassen nur noch einmal nach Lehnrecht vererben[4]).

Wo jedoch solche Bestimmungen nicht ergangen sind, bleibt, wenn auch die Lehnsherrlichkeit aufgehoben ist, in Ansehung der Lehnsfolge der Lehnsverband in Dauer.

Bei Fideikommiss und Lehn wird für die Folgefähigkeit eheliche Geburt erfordert.

---

[1]) II Feudor. 50.
[2]) Knipschildt VIII, no. 126.
[3]) II Feudor, 17.
[4]) Hannov. Ges. v. 13. April 1836 u. a.

Die Legitimierten sind beim Lehn sämtlich laut positiver Bestimmung von der Folge ausgeschlossen[1]).

Beim Fideikommiss sind die per subsequens matrimonium legitimierten Kinder folgefähig, denn sie gehören zu den blutsverwandten Nachkommen und treten vollkommen als eheliche in die Familie des Vaters, es ist also nicht einzusehen, weshalb durch sie der Glanz der Familie nicht ebenfalls erhalten werden könnte. In betreff der per rescriptum legitimierten Personen herrscht Streit. Jedoch folgt die Mehrzahl der Schriftsteller hier Knipschildt und leugnet mit Recht ihre Successionsfähigkeit. Durch die gegenteilige Annahme würde eine Verschiebung der Successionsverhältnisse zum Nachteil der verwandtschaftlichen Bande, die allein der Stifter im Auge hatte, und eine Verletzung von iura quaesita eintreten.

Persönliche Fähigkeiten bedingen weder für das Fideikommiss, wo dies selbstverständlich ist, noch für das Lehn in seiner jetzigen Gestalt, wo die Erfordernisse der Waffenfähigkeit, körperlichen Tüchtigkeit u. s. w. fortgefallen sind, Unterschiede.

Was die Ehrenhaftigkeit des Successors anbelangt, so ist beim Lehn der Ehrlose noch heute ausgeschlossen. Nur ist der Begriff der Ehrlosigkeit ein anderer geworden, indem eine solche jetzt nur beim Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte anzunehmen ist. Hier zeigt sich noch der öffentlich rechtliche Charakter des Lehns. — Für das Fideikommiss ist ein Einfluss des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Successionsfähigkeit nicht anzunehmen. Wir können bei einem Institute des reinen Privatrechts einen solchen Einfluss nicht zulassen, wenn das nicht besonders positiv bestimmt ist, und dies ist nicht der Fall[2]).

3. Die Folgeordnung.

a) Beim Fideikommiss.

§ 9. Die Ordnung, in welcher die vom Stifter Berufenen zur Succession in das Fideikommiss gelangen, wird in der Regel durch die Stiftungsurkunde bestimmt sein. Und zwar sind hier die üblichen Formen:

Das Seniorat, es gelangt jedesmal der Älteste der Familie in den Besitz des Guts;

---

[1]) II Feudor. 26, 4, vgl. Glo. Succedit zu II, 50, 5. Item verum est, quod succedit filius patri in feudo, si legitimus sit ab initio, non adoptivus neque naturalis. 6. Item naturalis, etiam si postea efficiatur legitimus, nec solus nec cum aliis ad successionem feudi vocatur.

[2]) Anders Lewis, S. 362.

das Majorat, es succediert dem jeweiligen Besitzer der dem Grade nach nächste Verwandte, wobei unter Gleichstehenden das höhere Alter den Vorzug verleiht;

die Primogenitur. Die Familie ist nach Parentelen geordnet, die nähere Parentel schliesst die Mitglieder der entfernteren aus. Innerhalb der Parentel geht die ältere Linie der jüngeren vor und das Recht der Erstgeburt entscheidet mit unbedingter Geltung des Repräsentationsrechts[1]).

Entsprechende Formen sind:

Juniorat,

Minorat,

Ultimogenitur.

Ist seitens des Stifters keine Anordnung über die Art der Erbfolge getroffen worden, so gilt die gewöhnliche Civilerbfolge (unter Ausschluss der Kognaten, vgl. S. 23). Wären nach dieser mehrere Personen berechtigt, so würden sie im Zweifel nicht die Substanz, sondern die Nutzungen teilen. Die beabsichtigte Teilung der Substanz ist deshalb nicht anzunehmen, weil sie nicht den vom Stifter beabsichtigten Erfolg haben würde, nämlich die Familie gerade so vermögensstark durch eine zusammengehörige grössere Kapitalkraft zu machen, wie dies durch das designierte Gut erreichbar wäre. Der Stifter wollte der Familie ein Gut als ein Ganzes erhalten wissen, nicht als eine Anzahl von verschiedenen Parzellen.

Da eine Teilung der Nutzungen wenig geeignet ist, die Zwecke des Fideikommisses zu erfüllen, so haben viele Partikularrechte für alle Fälle eine Individualsuccession angeordnet[2]).

b) Beim Lehn.

§ 10. Die Erbfolgeordnung beim Lehn ist eine gesetzlich bestimmte, und zwar gemeinrechtlich durch die libri feudorum bestimmte, nur partikularrechtlich hat sich noch, wie schon oben, S. 23, erwähnt, das alte sächsische Recht erhalten.

Dass diese lehnrechtliche Erbfolge nicht dieselbe ist, wie die gemeinrechtliche Civilerbfolge, ist jetzt allgemein anerkannt, und somit weicht sie auch jedenfalls von der Feideikommissfolge ab.

Welcher Art nun aber diese besondere Lehnsfolge sei, das bildet den Gegenstand eines lebhaften Streites.

Dass zuerst die Descendenten, unter Geltung des Repräsentationsrechtes berufen sind, ist unbestritten und es würde dies

[1]) Stobbe, Bd. 5, S. 371.

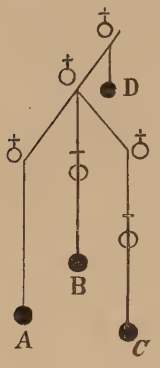
[2]) Z. B. ALR. II, 4, § 142; Bayr. Fideikommissedikt, § 87; Braunschw. Ges. vom 28. März 1837, § 33, vom 20. Mai 1858, § 6.

keinen Unterschied vom Fideikommiss ergeben. Fallen aber diese weg, so sind die Agnaten berufen, und hier giebt es nun zwei Systeme[1]):

1. Die Linealerbfolge. Es succedieren die Seitenverwandten des letzten Besitzers, welche mit ihm den nächsten gemeinsamen Stammvater haben, aber ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades, in welchem sie zu jenem stehen; so dass die Erbfolge so geordnet wird, als ob die ausgestorbene Linie gar nicht vorhanden gewesen wäre.

Diese Ansicht stützt sich auf II Feudor, 50.

2. Das Lineal-Gradualsystem. Unter den Seitenverwandten, welche mit dem letzten Besitzer den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater haben, werden diejenigen zur Erbfolge berufen, welche mit jenem dem Grade nach am nächsten verwandt sind.



Es ist dies die alte deutsche Parentelenordnung, welche nur insofern modificiert wird, als nach dem Vorgange des römischen Rechts den Söhnen vorverstorbener Brüder das Eintrittsrecht zukommt[2]). Succedieren die Bruderkinder allein, so teilen sie nach Köpfen[3]).

Das nebenstehende, Beseler S. 775 entnommene Bild veranschaulicht die Unterschiede der Fideikommissfolge und der beiden anderen Systeme.

Nach der Civil-(Fideikommiss-)erbfolge succedieren dem Erblasser A: B und D, nach der Linealfolge: B und C, nach der Linealgradualfolge: B allein. Sind mehrere Personen zu gleicher Zeit berufen, so kann das Lehn der einen gegen Abfindung der anderen zugewiesen werden, aber an sich haben alle das Recht auf gemeinschaftliche Succession.

Im Gegensatze zum Fideikommiss ist es zulässig, dass das Lehn realiter geteilt wird.

---

[1]) Beseler, Bd. 2, S. 777.

[2]) Dieser Ansicht: Pätz, Lehrb., § 109. ALR. I, 18, § 388 f.; bayr. Lehnsedikt, § 55.

[3]) So Eichhorn, § 356; Pfeiffer bei Weiske, Bd. 6, S. 550 l.; Weber, Bd. 3, S. 483 ff.; Beseler, Bd. 2, S. 774.

[4]) R. A. Speier 1529, § 31, und Kais. Konstitut. von 1529 (Neue Samml. II. 301).

[5]) II. Feudor. 26, 8; 55, 4.

C. Unterschiede in den Rechten der Interessenten an der Sache.

1. Die Natur des Rechtes im allgemeinen.

a) Das Recht des Besitzers.

§ 11. Der Inhaber des Fideikommissgutes hat Eigentum an demselben. Aber dies Eigentum ist so beschränkt, dass es sich dem Rechte eines Niessbrauchers nähert. Eine Reihe von Partikularrechten drücken diesen Gedanken dadurch aus, dass sie dem Besitzer ein dominium utile zuschreiben[1]).

Der Fideikommissbesitzer hat die volle Benutzung des Guts, aber auch die Pflicht, dasselbe in dem überkommenen Zustande zu erhalten und jede rechtliche Verminderung zu unterlassen. Wiederholt muss betont werden, dass Zweck und Stiftungswille stets die Grenzen seiner in § 13 ff. besonders behandelten Befugnisse bilden.

Das Eigentum ist ein materielles, nicht ein zeitlich beschränktes. Wäre es letzteres, so stände dem Besitzer auf Zeit jede Disposition zu, und diese würde sich nur mit dem Ablaufe der Zeit von selbst wieder auflösen.

Das Eigentum ist stets beschränkt. Denn der Wille des Stifters, dem rechtliche Gültigkeit innewohnt, kann nicht auf Zeit, wie es bei einer zeitlichen Dispositionsbefugnis der Fall wäre, eliminirt werden, ebensowenig der Zweck, welcher nie aus dem Institut herausgenommen werden kann.

Denn diese beiden Momente sind in dem Begriffe des Fideikommisses enthalten, und mit ihrer Negierung würde man den ganzen Begriff negieren.

Der Besitzer des Lehns hatte bei Bestehen der Lehnsherrlichkeit ein dominium utile, d. h. ein durch das Obereigentum des Lehnsherrn beschränktes Recht. Infolge der Aufhebung der Lehnsherrlichkeit ist das Lehn appopriiert; das Obereigentum ist dem Besitzer zugewachsen. Sein Eigentum ist somit wahres bürgerliches Eigentum geworden. Das bringt das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch zum Ausdruck, indem es dem Lehnsbesitzer ausdrücklich bürgerliches Eigentum zuschreibt[2]).

---

[1]) A.L.R. II. 4, § 74; Cod. Max. III c. 10, § 13. Fideikommissedikt § 44. Österr. B.G.B. § 629. Das Sächs. Bürgerl. G.B. § 2515 bestimmt, dass die Rechte und Pflichten des Inhabers in bezug auf Benutzung und Verwaltnng nach den über den Niessbrauch bestehenden Vorschriften zu beurteilen seien.

[2]) Vgl. Otto, das Recht der Lehngüter des Königr. Sachsen. S. 48.

Das Eigentum ist nicht beschränkt wie beim Fideikommiss durch ein Veräusserungsverbot eines über ihm stehenden Willens, das Veräusserungsverbot der libri feudorum (II 52; 55) trifft nur die Veräusserung ohne Genehmigung des Lehnsherrn. Da dessen Rechte dem Besitzer angewachsen sind, so besteht das alte Veräusserungsverbot nicht mehr.

Der Lehnsbesitzer ist aber in seinem Recht eingeschränkt durch die selbständigen Rechte anderer, nämlich der Anwärter. Da diese, wie unten gezeigt werden wird, ein Recht darauf haben, bei dem Eintritt ihrer Succession in den vollen Genuss des Lehns zu kommen, so ist der Besitzer durch dieses fremde Recht behindert, Verfügungen zu treffen, welche über seine Lebenszeit hinauswirken.

b) Das Recht der Anwärter.

§ 12. Durch den Willen des Stifters wird das Fideikommissgut, wie wir gesehen haben, einer Familie gewidmet, nicht einer einzelnen Person. Daraus ergiebt sich, dass durch die Stiftung Rechte nicht nur auf den jeweiligen Besitzer, sondern auf sämtliche Familienmitglieder, und da das Fideikommiss nicht nur für eine Generation, sondern für alle Zeiten gestiftet ist, nicht nur auf die lebenden, sondern auf alle zukünftigen übertragen werden.

Durch den Stifter wird dem Besitzer ein beschränktes Eigentum eingeräumt, diejenigen Rechte, welche die Rechte des Besitzers zum vollen Eigentum ergänzen, stehen den nichtbesitzenden Mitgliedern der berufenen Familie zu, und zwar nicht der Familie als Gesamtheit, in der Form einer juristischen Person, sondern den einzelnen gegenwärtigen und künftigen Mitgliedern.

Rosin[1]) meint: „Damit ruft man sich die urwüchsige Auffassung des alten deutschen Rechtes vom Erbwarterecht zurück". Dass Reminiscenzen an dieses alte Recht bei der Ausbildung des Fideikommisses mitgewirkt haben, ist oben gezeigt werden.

Aus dieser Qualifikation der Anwärterrechte erklärt sich auch die Auffassung vieler Partikularrechte, welche der Familie das Oberbez. Miteigentum am Fideikommissgut zuschreiben[2]).

„Man kann sich das Verhältnis des Rechts des Besitzers zu dem der Anwärter vergegenwärtigen dadurch, dass, sowie man dem Fideikommissbesitzer formales, aber beschränktes Eigentum zuschreibt, man in dem Rechte der Anwärter materiell ein durch das Recht des Besitzers zurückgehaltenes Fideikommisseigentum erblickt[3])".

[1]) Rosin a. a. O. S. 358.
[2]) Vgl. S. 27. Note 1.
[3]) Rosin a. a. O. S. 358.

Da dem Lehnsbesitzer nach Aufhebung der Lehnsherrlichkeit unbeschadet der Anwärterrechte volles bürgerliches Eigentum zusteht, so können wir den Lehnsanwärtern ein an Eigentum erinnerndes Recht am Gute, wie es den Fideikommissanwärtern zusteht, nicht zuschreiben. Das Lehn war seitens des Lehnsherrn nicht einer Familie gegeben, sondern einer Person.

Eine Ausnahme bildet die Belehnung zu gesamter Hand, hier müssen wir auch den Anwärtern ein dem dargestellten Verhältnisse beim Fideikommiss ähnliches Recht zuschreiben.

Durch die Belehnung erlangte nicht nur der Besitzer ein Recht — das Eigentum —, sondern auch seine Agnaten erhielten, als das Lehn erblich geworden war, ein solches, nämlich ein Recht auf Succession, und zwar auf Succession in das Lehngut in dem Zustande, wie es der erste Erwerber gehabt hatte.

Dies Recht wird ipso iure durch die Belehnung des Vassallen auf dessen Agnaten übertragen. Das Recht der Anwärter ist durch die Aufhebung der Lehnsherrlichkeit naturgemäss nicht tangiert.

Die Rechte der Fideikommiss- und Lehnsanwärter sind beides gegenwärtige; denn sie werden zugleich mit dem Anwärter existent, beim Fideikommiss auf Grund des Stiftungsakts[1]), beim Lehn infolge der Belehnung[2]).

Dinglich sind unbedingt zunächst die Rechte der Fideikommissanwärter. Das ergiebt sich daraus, dass ihr Charakter ein eigentumsartiger ist, dass sie, wie gezeigt, von vornherein Mitträger der Rechte am Fideikommissgut sind, ihre Rechte nicht erst vom Besitzer ableiten, nicht vermöge einer obligatorischen Pflicht desselben den etwa erledigten Rechtsbesitz ergreifen, sondern alles, was ihnen am Fideikommissgut zusteht, das ist ihr Mitrecht im Augenblick ihrer Existentwerdung, ihr Besitzrecht im Augenblicke des Successionsfalles ipso iure und unmittelbar erwerben[3]).

Weniger unstreitig ist die Frage, ob und inwieweit des Lehnsanwärters Recht dingliche Natur habe. Anlass zu Zweifeln könnte hier geben, dass ihnen vor dem Successionsfall zwar eine unzerstörbare Anwartschaft, nicht aber ein solches Mitrecht am Lehnsgut zusteht wie den Fideikommissanwärtern[4]).

Eine Verschiedenheit bei beiden Instituten liegt hier in der einmal unbestrittenen, ein andermal zweifelhaften Dinglichkeit des Rechtes.

---

[1]) So Rosin a. a. O. S. 362. Anders Lewis S. 327.
[2]) So Beseler Bd. 2. § 169. Anders Stobbe Bd. 5. S. 336.
[3]) Vgl. Gierke bei Conrad S. 418; Rosin S. 362.
[4]) S. 28 f.

Das Recht der Anwärter bei beiden Instituten unterscheidet sich von der blossen „Aussicht“ z. B. des Testaments- oder Intestaterben auf die Erbschaft. Denn diese steht bis zum Tode des Erblassers in dessen Disposition, und ihr Erwerb hängt vom Eintritt verschiedener Thatsachen und vom Vorhandensein eines erbfolgewürdigen Nachlasses ab. Beim Fideikommiss und Lehn dagegen ist das Recht der Anwärter existent geworden, unabhängig von jeder Disposition des jeweiligen Besitzers, des Erblassers, wenn man ihn so nennen will, und das Bestehen des Nachlasses ist gesichert, beim Fideikommiss durch das Verbot des Stifters, von Todeswegen — die gesetzlichen Enterbungsgründe nicht ausgeschlossen — oder unter Lebenden zu verfügen, beim Lehn durch die Beschränkung des Besitzers, seinen Verfügungen eine Wirksamkeit über seinen Tod hinaus zu geben[1]).

Die Rechte der Anwärter unterliegen bei beiden Instituten noch einer anderen Verschiedenheit, insofern beim Lehn einer ganzen Kategorie von Anwärtern die Ausübung ihres Rechtes abgeschnitten ist.

Es versteht sich von selbst, dass jeder Anwärter seines Rechtes verlustig geht, wenn er freiwillig darauf verzichtet. Beim Fideikommiss nun bindet ein solcher Verzicht nur den Verzichtenden, nicht seine Descendenten, weil diese ihr Recht unabhängig von dem Rechte der Ascendenten direkt aus der Bestimmung des Stifters herleiten. Im Lehnrecht gilt jedoch nach der herrschenden Meinung der Satz, dass der Verzicht eines Ascendenten auf seine Rechte auch seine Descendenten, soweit sie noch nicht zu der Zeit der Erklärung geboren sind, binde[2]).

2. Unterschiede in dem Rechte der Besitzer insbesondere.

a) Die den Besitzern verbotenen Handlungen.

§ 13. In dem Wesen des Fideikommisses und des Lehns und in der Natur der Rechte des Besitzers an dem Gute ist begrifflich gegeben, dass der Besitzer dasselbe nicht gültig veräussern kann. Sowohl die Veräusserungen im engeren Sinne als auch die im weiteren Sinne sind ausgeschlossen. Zu den ersteren gehören alle Geschäfte, welche eine Eigentumsübertragung bezwecken, zu der zweiten Gattung rechnet man alle Handlungen, durch welche einem andern irgend ein dauerndes Recht an der Sache eingeräumt wird.

---

[1]) Rosin S. 359.

[2]) Beseler Bd. 2. § 165 V; Stobbe Bd. 2. S. 467; Gerber § 127.

Die Verpfändung z. B. des Gutes ist als eine dauernde Belastung eine unerlaubte Veräusserung und mithin nicht zulässig. Jede Deterioration, jede wesentliche Veränderung der Substanz, welche nicht lediglich eine Kulturveränderung bezweckt, ist untersagt.

Eine hiernach ungültige Handlung wird nicht dadurch gültig, dass der Besitzer sie im Falle der echten Not vorgenommen hat.

Hinsichtlich des Lehns würde es für eine solche Wesenswidrigkeit an einem Satz in den libri feudorum oder in dem Gewohnheitsrechte fehlen.

Hinsichtlich des Fideikommisses ist die Frage besonders in der älteren Zeit lebhaft umstritten worden. Knipschildt (XI 461—65) zählt als hierher gehörige Fälle der echten Not vier auf: necessitas fatalis, naturalis, culpabilis, legalis. Die erste besteht in unvorhergesehenen und unabwendbaren Unglücksfällen, die zweite begreift den notwendigen Aufwand für Essen und Trinken u. s. w., die culpabilis ist verschuldete Not, die legalis wird durch gesetzliche Verpflichtungen, z. B. seine Kinder zu alimentieren, begründet. Von diesen vier Arten wird die culpabilis nicht als Grund für eine Veräusserung angesehen. — Kreittmayr[2]), der sich sonst an Knipschildt anschliesst, kennt für eine Veräusserung zwei Gründe, die necessitas fatalis und legalis. — In ähnlicher Weise haben sich Molina[3]) und Richter[4]) ausgesprochen.

Doch ist diese ganze Lehre von den Neueren mit Recht verworfen worden. Diese Veräusserungen würden unbedingt dem Zwecke des Fideikommisses, der nicht die Erhaltung einer einzelnen Person, sondern die der ganzen Familie ist, widersprechen.

Es wird von einzelnen, Fusarius[5]), Knipschildt[6]), ferner die Nützlichkeit der Veräusserung als rechtmässiger Grund für dieselbe angegeben. Es sollen res steriles, den Einsturz drohende Gebäude, veräussert werden dürfen. Überhaupt soll die Veräusserung gestattet sein, wenn für das durch dieselbe gewonnene Geld nutzbringende Sachen erworben werden können[7]). Lewis[8]) schliesst sich dieser Meinung insofern an, als er die Veräusserung von res steriles und vollkommen nutzlosen Sachen gestatten will, weil dadurch der Zweck des Fideikommisses besser erfüllt werden könne.

---

[1]) vgl. Lewis, S. 230f.
[2]) vgl. Lewis, S. 230.
[3]) Molina, de Hisp. primog. IVc. 6 n. 8 sqq.
[4]) Richter, Tentamen p. 142—144.
[5]) Fusarius, Tract. de substitut. P. II qu. 554 n. 2 sqq.; q. 734 n. 5.
[6]) Knipschildt, XI n. 445.
[7]) Knipschildt, XI n. 441 sqq.; Kreitmayr II c. 10. § 24, 1. 7.
[8]) Lewis, S. 232.

Eine derartige Befugnis zu Veräusserungen dürfte aber überhaupt nicht zulässig sein. Die Stimmen, welche die Veräusserungen von Fideikommissen begünstigen oder erschweren, könnten mangels positiver Satzungen gerade auf diesem Gebiete dem Einfluss allgemeiner Zeitströmungen Rechnung tragen. Für die Jetztzeit lässt sich sicher nicht mehr sagen, dass es für rationell gehalten werde, die Zerstückelung von Grundstücken zu begünstigen. Lässt sich aber heute die allgemeine Rationabilität für eine solche Veräusserung nicht mehr anführen, so steht dieselbe überhaupt in der Luft, wäre willkürlich und hätte gewichtige Bedenken gegen sich. Denn man stellt hiermit die Zulässigkeit einer Veräusserung in das subjektive Ermessen des jeweiligen Besitzers, beschwört somit eine Gefahr für das Bestehen des Fideikommisses überhaupt herauf und würde auch gegen das Veräusserungsverbot des Stifters verstossen. Wenn der Stifter nutzlose Sachen zum Fideikommiss machte, so wollte er eben der Familie solche Sachen zuwenden. Die Stiftung umfasst ein bestimmtes Vermögen und eine Veränderung dieses Vermögens in der Substanz ist jedenfalls unzulässig.

Bisher war von der Veräusserung an einen Dritten, ausserhalb des Lehns oder des Familienverbandes Stehenden die Rede. Wie verhält sich nun die Sache bei der Veräusserung an einen Anwärter?

Hinsichtlich des Fideikommisses wird eine solche von Knipschildt (XI 417 39) für möglich erachtet, weil darin keine Alimentation aus der Familie liege. — Dies zugegeben wird man sie aber doch insoweit beanstanden müssen, als sie etwa die festgestellte Successionsordnung stört. Sie ist mit einer Veräusserung an einen Dritten allerdings nicht gleichzustellen, da sie an und für sich dem Zwecke des Fideikommisses, den Glanz der Familie zu erhalten, nicht widerspricht. Nur darf der Veräusserer damit nicht über seine Rechtssphäre hinausgehen, er darf bloss für seine Lebenszeit derartige Verfügungen treffen. Die Veräusserung an einen Anwärter kann also der in der regelmässigen Reihenfolge berufene Successor beim Eintritte des Successionsfalls angreifen. Im Übrigen aber hat sie die Folgen einer unerlaubten Veräusserung nicht.

Dasselbe gilt für das Lehn mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit. Die Veräusserung an einen Anwärter war nicht verboten (dem Herrn gegenüber), aber es brauchte sie der nähere Agnat beim Eintritte der Succession nicht gelten zu lassen[1]).

Dass der Fideikommiss- und der Lehnsbesitzer einseitig das Gut derelinquieren oder auf dessen Erwerb verzichten kann, dürfte

[1]) II. Feudor, 26, 14; 39 pr.

keinem Zweifel unterliegen, denn gezwungen kann der Nachfolger nicht werden, die ihm zugedachte Begünstigung zu behalten oder anzunehmen. Das Gut würde ipso iure an den nächsten Berechtigten fallen.

Die an sich verbotene Veräusserung des Lehns wird gültig und unwiderruflich, wenn alle lebenden Agnaten zugestimmt haben[1]). Beim Fideikommiss ist dies nicht der Fall. Dass bei ihm die zukünftigen Agnaten durch die Erklärung der Ascendenten nicht gebunden werden, ist schon oben, S. 30, bemerkt worden.

b) Die Befugnisse der Besitzer.

§ 14. Als Befugnisse der Besitzer ergeben sich bei beiden Instituten folgende:

Beide Besitzer bewirtschaften das Gut in eigenem Interesse. Beide erwerben die Früchte schon durch die Separation zu allodialem Eigentum. Das ergiebt sich daraus, dass das Recht des Besitzers dem des Niessbrauchers analog ist. Beide können alle Nutzungen ziehn, die das Gut gewährt.

Auch die ausserordentlichen Erträge gebühren beiden, wie der Schatz, wenigsteus gemeinrechtlich. Beim Lehn bestand früher ein lebhafter Streit, ob der Schatz dem Vassallen oder dem Herrn zukomme. Der Streit ist für das Lehn mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit gegenstandslos geworden, da bei diesem der Besitzer Eigentum am Gute hat und ihm infolgedessen der Schatz gebührt. — Für das Fideikommiss finden sich partikularrechtlich bezüglich des Schatzes abweichende Bestimmungen. Nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch[2]) vermehrt er die Substanz des Fideikommisses, und nur die Nutzungen des Schatzes gebühren dem Besitzer. — Nach dem Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuche[3]) gebührt die Hälfte dem Unter-, die Hälfte dem Obereigentümer. Da nun dieses Gesetzbuch bei dem Fideikommiss geteiltes Eigentum annimmt und der Familie das Obereigentum zuschreibt, so wird die Hälfte des Schatzes der Substanz des Fideikommisses zugeschlagen. — Das preussische[4]) und bayrische[5]) Recht schreiben den Schatz dem Untereigentümer zu, also, da sie geteiltes Eigentum annehmen, auch dem Besitzer.

Die Accessionen des Lehns- oder Fideikommisses durch Alluvion, Avulsion und insula in flumine nata sind nicht als ausserordentliche

---

[1]) II. Feudor, 39 pr.
[2]) § 2531.
[3]) § 392.
[4]) A.L.R. I 9 § 94.
[5]) Cod. Max., II c. 3 § 4.

Erträge anzusehen, sondern als Vermehrung der Substanz; sie werden also nicht allodiales Eigentum des Besitzers.

Die auf dem Gute gefundenen Mineralien erwirbt der Besitzer als ausserordentlichen Ertrag. Bei Lewis[1]) findet sich für das Fideikommiss die Ansicht, dass der Fideikommissbesitzer, welcher auf dem Gute ein Bergwerk anlege, dieses zu allodialem Eigentum erwerbe. Das dürfte mit Stobbe[2]) nicht zu billigen, vielmehr die Anlage des Bergwerks lediglich als eine Kulturänderung anzusehen sein, die der Besitzer mit dem seiner Nutzung unterworfenen Gute vornimmt.

Statt die Früchte selbst zu ziehen, kann sowohl der Fideikommiss- als der Lehnsbesitzer die Gewinnung derselben anderen überlassen, er kann das Gut verpachten. Und ebenso darf er an demselben einem Dritten für seine Lebenszeit einen Ususfructus, der Fideikommissbesitzer auch Prädialservituten einräumen. Beim Lehn ist eine auf das Gut gelegte Prädialservitut dauernd gültig[3]). Beide Besitzer können die Nutzung ihres Guts als Dos bestellen. Dementsprechend darf sowohl der Besitzer des Lehns wie der des Fideikommisses die Einkünfte des Guts für seine Lebenszeit verpfänden.

Die Erträge aus sämtlichen erlaubten Handlungen, welche der Besitzer in der Ausübung seines Nutzungsrechtes vornimmt, gehören zu seinem allodialen Vermögen.

Übliche Verpachtungen muss der gleichzeitige Allodialerbe aushalten. Das ist allgemein als gültig anerkannt. Diesseits ist weiter unten in § 19 versucht worden, darzulegen, dass die noch weiter gehenden Ansichten, welche z. B. eine Pflicht, Verkäufe gelten zu lassen, für das Fideikommiss konstruieren, jedenfalls allgemeine Anerkennung nicht gefunden haben.

Inwieweit den Besitzern verboten oder die Befugnis gegeben ist, Schulden zu kontrahieren, erforderte wegen der Wichtigkeit und des Umfangs die Ausscheidung hier und die Verweisung in den besonderen § 16.

c) Die Pflichten der Besitzer.

§ 15. Lehns- und Fideikommissbesitzer haben vor Allem die Verpflichtung zur Erhaltung der Substanz, sie haben deshalb das Gut mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu bewirtschaften und alles, was in ihren Kräften steht, zu thun, um es in einem guten wirtschaftlichen Zustand zu erhalten und zu übergeben. Dazu gehört

---

[1]) Lewis S. 192.
[2]) Stobbe, Bd. 2, S. 564 No. 4.
[3]) II. Feudor, 8.

z. B., dass die Besitzer die notwendigen Reparaturen an den Gebäuden machen, dass sie, wo ein Viehstand besteht, ihn aus den gezogenen Jungen ergänzen, dass sie das tote Inventar in stand erhalten müssen. Ferner gehört hierher die rechtzeitige Einziehung von Forderungen, welche zum Lehns- oder Fideikommissvermögen gehören.

Der Besitzer muss das Lehn oder Fideikommiss in Prozessen vertreten und dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters prästieren.

Zur Abschliessung eines Vergleichs ist der Fideikommissbesitzer nicht befugt, da in dem Vergleich ein dauerndes Aufgeben von Rechten, mithin eine unerlaubte Veräusserung liegt. Der Lehnsbesitzer war früher befugt, einen Vergleich abzuschliessen: nam et transigere recte potest nec quod accepit transactionis nomine feudum erit (II Feudor. 23). Diese Befugnis bezieht sich aber, wie Weber[1]) richtig ausführt, nur auf das Verhältnis des Vassallen zum Herrn, insofern als beim Abschluss eines Vergleichs der Herr nicht den Vassallen wie bei einer unerlaubten Veräusserung mit Verlust des Lehns strafen konnte. Dagegen wird das Recht der Anwärter dadurch nicht tangiert. Die Bestimmung ist deshalb nach Aufhebung der Lehnsherrlichkeit irrelevant geworden und der Vergleich steht einer andern Eigentumsübertragung, wenn eine solche stattgefunden hat, vollkommen gleich.

Zu den Pflichten des Lehns- und Fideikommissbesitzers gehört nach einzelnen Partikularrechten auch die Alimentierung und Dotierung gewisser Personen. Gemeinrechtlich ist eine solche Pflicht für den Fideikommissbesitzer nicht begründet.

Das bayrische Fideikommissedikt (§ 46) verpflichtet den Besitzer, seinen Geschwistern, sowie der Witwe des Vorbesitzers, wenn sie sich nicht aus eigenen Mitteln unterhalten können, den Verhältnissen entsprechende Alimente zu zahlen, sowie Töchtern und Schwestern eine anständige Dotation zu gewähren, vorausgesetzt, dass nicht der Stifter in anderer Weise dafür gesorgt hat.

Eine ähnliche Verpflichtung statuiert das hessische Gesetz (Art. 24). Dieses verpflichtet den Besitzer sogar, den nicht succedierenden Söhnen eine angemessene Beihülfe bei der Anlegung eines eigenen Hausstandes zu geben.

Nach beiden Gesetzen sind die Alimentationen den Einkünften des Fideikommisses zu entnehmen und dürfen ein Drittel der Durchschnittsrevenüen nicht übersteigen.

Ähnliche Bestimmungen finden sich auch im braunschweigischen Gesetz vom 20. Mai 1858.

---

[1]) Weber, Bd. 4 S. 375.

Was die Alimentationspflicht des Lehnsbesitzers anbelangt, so ist die Pflicht, dem Lehnsfolger, der wegen Gebrechlichkeit nicht succedieren konnte, eine Alimentation zu zahlen[1]), hinfällig geworden, seitdem körperliche Untüchtigkeit nicht mehr Successionsunfähigkeit begründet.

Gemeinrechtlich bestehen Alimentationspflichten auch beim Lehn nicht, wohl aber in fast allen Partikularrechten. Diese Verpflichtungen sind jedoch meist subsidiär und nur dann zu leisten, wenn das Allodialvermögen nicht ausreicht.

In Preussen ist diese Pflicht provinziell geregelt.

Für die Mark findet sich in der Kur- und Neumark eine weitgehende Verpflichtung, die Witwe des Vorbesitzers abzufinden. Dieselbe kann verlangen, dass die von ihr eingebrachte Dos sowie ein Gegenvermächtnis ausgezahlt werde. Die Witwe, die keine Dos eingebracht hat und zu deren Unterhalte die Allodialhinterlassenschaft nicht ausreicht, hat Anspruch auf Alimentation. Ferner liegt dem Besitzer die Abfindung der Töchter des vorigen Besitzers ob. Jede Tochter hat als Abfindung ein Viertel dessen, was der Besitzer, oder wenn mehrere Brüder succedieren, dessen, was jeder einzelne Bruder erhält, zu beanspruchen[2]).

In Pommern hat die Witwe einen Anspruch auf Herausgabe der Dos und eines Gegenvermächtnisses, doch ist diese Verpflichtung in verschiedenen Teilen der Provinz verschieden geregelt. Die bedürftige Witwe kann Alimentation fordern[3]). Ebenso haben die Töchter das Recht auf Abfindung, welche, wenn der Besitzer Descendent des Vorbesitzers ist, ein Viertel, wenn er Agnat ist, ein Drittel bei 4 oder weniger Töchtern, sonst aber die Hälfte des auf jeden männlichen Nachfolger entfallenden Teils beträgt[4]). Doch ist auch diese Verpflichtung örtlich verschieden geregelt.

In Hannover besteht gewohnheitsrechtlich subsidiär die Verbindlichkeit des Besitzers zur Alimentation der Witwe und Dotation der Töchter[5]).

In Sachsen ist der Besitzer verpflichtet, die Dos herauszugeben, wenn sie in das Gut verwendet ist, und eine Gegendos zu zahlen. Früher konnte die Witwe gesetzlich dafür ein Leibgedinge wählen, was durch den § 99 des Erbfolgemandats vom 31. Januar 1829 auf-

---

[1]) I Feudor, 6, 3.
[2]) Scholtz, Provinzialrecht, S. 180 f.
[3]) Zettwach, § 320 ff.
[4]) Zettwach, § 233.
[5]) Grefe, Hannovers Recht, S. 133.

gehoben ist. Auch können die Töchter eine Dotation subsidiär aus dem Lehnsvermögen beanspruchen[1]).

Ebenso bestehen solche Verpflichtungen in Mecklenburg und in den meisten anderen deutschen Staaten.

Bewiesen ist hiermit, dass der Fideikommissbesitzer nur in wenigen Rechtsgebieten, hingegen der Lehnsbesitzer fast in allen eine Alimentationspflicht hat.

Die Schulden.

§ 16. Verschuldet dürfen Fideikommisse und Lehn in der Regel nicht werden; auf beiden dennoch ruhende oder gelegte Lasten werden bezeichnet als Fideikommiss- und als Lehnsschulden, die wiederum je in Substanz- oder Revenüenschulden zerfallen.

a) Die Fideikommissschulden.

Um den Begriff der Fideikommissschulden zu finden, muss man im Auge behalten, dass das Fideikommissvermögen ein von dem Allodialvermögen durchaus getrenntes Sondergut ist. Als besonderes Vermögen kann es Aktiven und Passiven haben, genau so wie etwa die hereditas iacens. Die Passiven sind die Fideikommissschulden. Sie erfassen das Allodialvermögen an sich in keiner Weise, auch nicht subsidiär. Bei einer Fideikommissschuld könnte man das Fideikommissvermögen als den einen Kontrahenten betrachten. Die Person des Fideikommissbesitzers ist nur in ihrer Eigenschaft als Fideikommissträger, nicht aber mit ihrer sonstigen Persönlichkeit belastet.

Es ist durchaus unangebracht, als Fideikommissschulden nur die Schulden zu betrachten, für welche das Fideikommiss „verpfändet“ ist. Genau so wie jedes Vermögen, jede Person Schulden haben kann, ohne dass dafür Vermögensobjekte verpfändet sind, kann es auch das Fideikommissvermögen. Eine etwaige Verpfändung hat einen lediglich accessorischen Charakter.

Das Wesen der Fideikommissschuld ist bei den Schulden, die das Fideikommissvermögen von vornherein, bei der Stiftung, hatte, leicht verständlich. Diese Schulden vermindern eben den Bestand von vornherein. Eine Schwierigkeit entsteht aber bei der Frage, ob und wieweit die Kontrahierung von Schulden nach dem Existentwerden des Fideikommisses möglich ist, denn der Kontrahierung steht das Veräusserungsverbot entgegen. Es ist gegeben, um das

---

[1]) Otto, S. 72.

Fideikommiss zu erhalten. Ginge nun dies Verbot so weit, eine im Verschulden liegende Veräusserung zu verbieten, selbst wenn nur durch die Aufnahme von Darlehen die Substanz erhalten werden kann, so würde es seinem Zwecke direkt widersprechen.

Der ausgesprochene Zweck des Fideikommisses führt somit konsequent zu der Anerkennung des auch im gemeinen Recht unbestrittenen Satzes, dass ein Darleiher, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam[1]), ganz vornehmlich diese causa, das ist eben die Substanz der Sache, wegen seines Darlehns in Anspruch nehmen könne. Die Substanz haftet in allen denjenigen Fällen, in denen die Schuld zur Erhaltung derselben nötig und ohne deren Verwendung das Gut dem Untergange geweiht war.

Schwierig wird es in concreto häufig sein, zu entscheiden, ob nicht nur die Nutzbringung, also das Interesse des Nutzungsberechtigten, oder ob wirklich die Erhaltung der Substanz selbst in Frage steht. Und lediglich für diese Schwierigkeit kann der von den meisten Schriftstellern ohne nähere Begründung vorgebrachte Satz, dass im Zweifel nur die Revenüen haften, sein Anwendungsgebiet finden.

Notwendig hervorzuheben war die „Möglichkeit" der Kontrahierung einer Substanzschuld. Lewis (S. 269) nimmt eine Summe von Fällen an, in denen Substanzschulden entstehen sollen. Er dürfte jedoch häufig allerdings über das aus dem Institutszwecke zu findende Mass hinausgegangen sein; vieles, was er Substanzschuld nennt, dürfte sich nur als sogenannte Revenüenschuld darstellen, ein Begriff, den er überhaupt nicht kennt und durch dessen Fehlen anscheinend seine versehentliche Konstruierung von Substanzschulden da, wo solche gar nicht vorliegen, untergelaufen ist. Er hat wohl richtig gefühlt, dass bei einzelnen von ihm aufgeführten Auslagen nicht lediglich der kontrahierende Besitzer anzusprechen sei, hat aber nicht aus einander gehalten, in welchen Fällen die Substanz, und in welchen nur die nachfolgenden Nutzungsberechtigten durch die Aufwendung obligiert werden. Die von Lewis aufgeführten Einzelfälle hier zu behandeln, ist um deswillen unthunlich, als die Fülle des überhaupt zu erörternden Stoffs nur dessen gedrängte und aphoristische Darstellung zulässt.

Das begriffliche Vorhandensein einer Substanzschuld ist, wie gezeigt, hier nicht etwa erst neu aufgestellt, vielmehr ist die vorgenommene Erörterung nur ein Versuch, den Begriff zu umgrenzen und das, was in der Litteratur nur angedeutet und jedenfalls nicht bestritten ist, zum bestimmten Ausdruck zu bringen.

---

[1]) L. b. pr. D. qui potior. 20, 4.

Unter denselben Voraussetzungen, unter denen eine Substanzschuld kontrahiert werden kann, würde auch eine Verwendung zu gunsten der Substanz einen Anspruch aus der nützlichen Verwendung geben.

In erster Reihe kann hierbei nur daran natürlich gedacht sein, dass der Fideikommissbesitzer berufen sei, eine Substanzschuld zu kontrahieren. Eine interessante, allerdings hier nicht näher durchzuführende Untersuchung möchte es sein, ob, wie und wie weit den Fideikommissanwärtern eine Initiative zu derartigen Massregeln behufs Schutzes der Substanz zustehe. Weiter unten ist dargelegt, dass das Vorhandensein oder Fehlen des Konsenses der Anwärter von keinerlei Bedeutung ist.

Zwischen der Substanzschuld und der blossen persönlichen Schuld des Besitzers dürfte notwendig das Mittelglied der sogen. Revenüenschuld ebenfalls gerechtfertigt aus dem Wesen des Fideikommisses anzuerkennen sein. Häufig steht zwar nicht die Erhaltung der Substanz in Frage, wohl aber deren bessere Ausnutzung im Interesse der ganzen Familie.

Wiederum wird auch hier, ähnlich wie bei der Substanzschuld, dieser Begriff einer Revenüenschuld nicht neu aufgestellt. Er hat in der Litteratur die etwa umgekehrte Behandlung wie die Substanzschuld gefunden. Lewis lässt ihn ganz unberührt und spricht nur von Substanzschulden, die anderen sprechen fast ausschliesslich von Revenüenschulden und lassen wiederum die Substanzschulden unerörtert. Sie sprechen von Fideikommissschulden, führen dieselben auf und subsumieren sie dann unter den Satz, „dass im Zweifel für dieselben nur die Revenüen haften“ [1]).

Ohne Beweisführung nötig zu haben, wird man ohne Widerspruch mit der gesamten Litteratur davon ausgehen dürfen, dass das Fideikommiss die Kontrahierung einer Revenüenschuld zulasse, für welche die Revenüen ohne Rücksicht auf die Rechtsdauer des Kontrahenten haften, für die also auch die Nachfolger im Fideikommissbesitz mit den Revenüen aufkommen müssen.

Durch eine Haftbarmachung der Revenüen über die Rechtsdauer dessen hinaus, der die Schuld kontrahiert, wird natürlich, ähnlich wie bei der Substanzschuld, eine gewisse Veräusserung von Fideikommissvermögen vorgenommen, welches nach der Absicht des Stifters nicht dem Veräusserer zustehen, sondern auf dessen Rechtsnachfolger überkommen soll. In der Kreierung einer Revenüenschuld könnte demnach eine Verletzung des das ganze Fideikommiss

---

[1]) Gierke bei Conrad, S. 419. Stobbe, Bd. 2, S. 570.

umfassenden Veräusserungsverbotes gesehen werden. Haben wir indessen gerade aus dem Zwecke der Stiftung und des Veräusserungsverbotes selbst eine Cessierung desselben zu gunsten der Substanzschuld ableiten dürfen, so rechtfertigt noch vielmehr jener Zweck der Stiftung ein teilweises Cessieren des Veräusserungsverbotes. Die schroffe Durchführung desselben würde unter Umständen auch hier seinem eigenen Ziel und Zweck zuwider sein. Das Ziel geht darauf, der Familie eine Nutzung dauernd zu verschaffen. „Wenn das Erzielen einer Nutzung dauernd unmöglich sein würde ohne vorherige Aufwendung, so müssen alle diejenigen, welche nach und nach zur Nutzung berufen werden, die Aufwendung als eine Schuld der ihnen nur vermöge derselben zukommenden Nutzungen gegen sich gelten lassen."

Das ungefähr dürfte die Formulierung des Grundsatzes sein, nach welchem es sich zu richten hat, ob eine Revenüenschuld vorliegt oder nicht. Wohl zu beachten bleibt, dass die Unmöglichkeit einer Nutzenziehung ohne die Aufwendung nicht etwa nach subjektiven Gesichtspunkten bemessen werden darf. Der Mangel des Betriebskapitals in der Hand des Besitzers giebt ihm natürlich nicht das Recht, sich die Mittel in Gestalt einer Revenüenschuld zu verschaffen, wohl aber wird beispielsweise die Berechtigung für eine Revenüenschuld vorliegen, wenn ein Grundstück durch natürliche Entstehung eines neuen Flussbettes unzugänglich und somit zur Herstellung der Bearbeitungs- und Erntemöglichkeit eine teure Brücke nötig wird.

Für die Kontrahierung der Revenüenschuld ist wiederum zu sagen, dass dem Fehlen oder Vorhandensein des Konsenses der Anwärter keine Bedeutung zukomme.

Die hier beschriebenen Substanz- und Revenüenschulden sind allein diejenigen, welche in Frage kommen unter dem Begriffe der Verschuldung des Fideikommisses als solchen. Auf dem Gute können die schon oben erwähnten Schulden lasten, die aus der Person des Stifters herrühren. Fideikommissschulden werden auch diese genannt, wenngleich man sie, wie oben angedeutet, als von vornherein vorhandene Passivbestandteile des Fideikommissvermögens ansehen kann. Welche einzelnen Schuldbeträge alle dahin gehören, wird hier keiner Aufzählung bedürfen.

Soweit etwa durch ein positives Gesetz eine Substanz- oder Revenüenschuld einer Gruppe von Grundstücken und damit auch dazugehörigen Fideikommissgrundstücken auferlegt wird, steht die Haftung der Substanz oder der Revenüen um deswillen ausser Frage, weil das Vorhandensein des Veräusserungsverbotes dem Willen des Gesetzgebers wegen dessen grösserer Macht immer weichen muss.

Innerhalb des entwickelten Begriffes der Fideikommissschuld, sowohl der Substanz- als der Revenüenschuld, ist kein Raum für eine Reihe von Schulden, die mannigfach zu den Fideikommissschulden gerechnet worden sind, wie notwendiger Lebensunterhalt des Besitzers, die Kosten seines Begräbnisses, die Verbindlichkeit zur Sicherstellung und Rückgabe der ihm zugebrachten Dos u. ä. Dass diese nicht dahin gehören, ist angesichts der gefundenen Bestimmungsgrundsätze an sich klar. Ebenso werden die gefundenen notwendigen Voraussetzungen nicht ersetzt durch den etwaigen Konsens der Anwärter, wie einige (Gerber, v. Salza) meinen. Dieser Konsens könnte eine Schuld als Fideikommissschuld nur feststellen, wenn er von allen Berechtigten gegeben wäre. Zu diesen gehören aber nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch die zukünftigen, und für diese können, wie oben § 12 bewiesen, die Ascendenten keine bindende Erklärung abgeben[1]).

Von den Partikularrechten betrachtet der Codex Maximilianeus alle Fideikommissschulden als Substanzschulden und erwähnt unter ihnen auch die nützlichen Verwendungen.

Das Fideikommissedikt unterscheidet zwei Klassen von Schulden: Substanz- und Nutzungsschulden. Zur ersten Klasse gehören alle die vom Codex aufgeführten, zur zweiten zählt es noch einige Fälle notwendiger. aber nicht die Substanz betreffender Schulden. Für alle Schulden fordert es den Konsens des kompetenten Gerichts und für die zweite Klasse der Schulden auch den Konsens der Anwärter.

Das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch gestattet dem Fideikommissbesitzer, das Gut bis zu einem Drittel des Wertes zu verschulden, doch mit der Massgabe, dass in dieses Drittel die etwa schon bestehenden Lasten einzurechnen sind. Nach dem Gesetz vom 13. Juni 1868 sind für impensae necessariae auch Schulden über ein Drittel des Werts erlaubt, aber mit Konsens des obersten Gerichtshofs.

Nach dem Allgemeinen Preussischen Landrecht sind Substanzschulden nur die Schulden des Stifters. Revenüenschulden kann der Besitzer für notwendige Verwendungen unter Zustimmung zweier Agnaten aufnehmen.

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch giebt dem Besitzer das Recht, Verwendungen und Lasten, welche ein Niessbraucher nicht zu tragen hat, aus dem Stammvermögen zu bestreiten, also auch das

---

[1]) Eine ganz andere Auffassung von den Fideikommissschulden hat Gerber in Abhandlungen, S. 159 ff., desgleichen von Salza, S. 118 ff.

Recht, für die Erhaltung des Fideikommisses Substanzschulden aufzunehmen. Erfordert wird aber die Zustimmung der lebenden Anwärter, welche eventuell vom Gericht ergänzt werden kann.

Ähnliche Bestimmungen finden sich in Baden, Braunschweig, Hannover.

b) Die Lehnsschulden.

Der Begriff der Lehnsschulden ist ein wesentlich weiterer. Sowie das Prinzip der Unveräusserlichkeit nicht so starr ausgebildet ist wie beim Fideikommiss, so ist auch in der Berechtigung zur Aufnahme von Schulden ein grösserer Spielraum gelassen.

Den Begriff der Lehnsschulden stellt Gierke[1]) folgendermassen fest:

Debita feudalia sunt ea debita personalia, quae naturam feudalem ita in se receperunt, ut secundum iuris feudalis regulas cum debeantur, tum praesertim post mortem transferantur.

Näher erläutert Beseler[2]): Die eigentümliche Bedeutung erhält die Lehnsschuld dadurch, dass sie den Nachfolger in das Gut verpflichtet und an den Besitz des Gutes geknüpft ist, ferner dass der Schuldner nur mit dem Ertrage, bezw. der Substanz des Lehns haftet, nicht aber mit dem Allodialvermögen. Die Vollstreckung geht im allgemeinen nur auf den Ertrag; nur wenn die Substanz von den Schulden erfasst wird, gegen diese.

Schon die übliche Einteilung der Lehnsschulden giebt einen Unterschied von den Fideikommissschulden.

Man teilt nach Beseler die Lehnsschulden ein

1. in gesetzliche und konsentierte, je nachdem sie auf Rechtsregel oder auf Zustimmung der Lehnspersonen beruhen;

2. in unbeschränkte und beschränkte (absoluta und respectiva debita) je nachdem sie von allen Lehnspersonen oder nur von einzelnen anerkannt werden müssen;

3. in subsidiäre und notwendige, je nachdem der Lehnsfolger sie nur zu zahlen hat, wenn das Allodialvermögen nicht zureicht, oder unmittelbar, ohne Rücksicht auf dieses Verhältnis.

Wir haben hier

1. konsentierte Schulden, welche das Fideikommiss nicht kennt. Sie sind beim Lehn möglich unter Zustimmung aller Agnaten;

2. respektive, worunter Schulden verstanden werden, welche nur im Interesse einzelner Lehnsfolger gemacht werden, was beim Fideikommiss auch nicht zulässig ist;

---

[1]) Gierke, De debitis feudalibus.
[2]) Beseler, Bd. 2, S. 78.

3. subsidiäre. Diese finden sich beim Fideikommiss nur als Schulden des Stifters, während beim Lehn auch die Neukontrahierung subsidiärer Schulden möglich ist.

Wann die Substanz für die Schulden verhaftet sei, ist nicht bestimmt zu beantworten, im allgemeinen haftet die Substanz nach Pfeiffer[1]) für alle Schulden, welche alle Lehnspersonen anerkennen müssen.

Eine Lehnsschuld ist unbedenklich immer dann vorhanden, wenn ceteris paribus eine Fideikommissschuld bestehen würde. Weiter aber giebt es eine Anzahl von Lehnsschulden, welche die Natur der Fideikommissschulden im gegebenen Falle nicht haben würden.

Der Begriff der Lehnsschuld und der der Fideikommissschuld deckt sich demnach nicht, vielmehr besteht der Unterschied, dass der erstere erheblich weiter ist.

Abweichende partikularrechtliche Gestaltungen sind beim Fideikommiss angedeutet. Das Gleiche wird ebenfalls in aller Kürze bezüglich des Lehns geschehen.

Selbstredend kann nicht daran gedacht werden, etwaige Verschiedenheiten partikulärer Art besonders zu betonen und zu behandeln, vielmehr soll durch die beiden Aufstellungen nur die Möglichkeit gewonnen werden, auch bei dem oberflächlichsten Blick die bunte Verschiedenartigkeit erkennen zu lassen, um zu beweisen, wie wenig einheitlich die beiden Institute geregelt sind, wie sehr dieselben vielmehr ihrem Wesen und ihrer Einzelgestaltung nach nicht nur gemeinrechtlich, sondern auch partikularrechtlich als durchaus heterogene Institute betrachtet werden müssen.

Das bayrische Lehnsedikt kennt zwei Arten von Schulden, die aus der Verwendung und die konsentierten. Zu den ersteren gehören nur die, welche zum beständigen und erweislichen Nutzen des Lehns verwendet werden. In Ermangelung anderer Alimentation der Witwe des Vorbesitzers kann das Lehn mit einem Witwengehalte belastet werden auch ohne Konsens der Lehnsfolger.

In Preussen sind die Lehnsschulden provinziell geregelt.

Nach märkischem Recht ist der Lehnsbesitzer die Substanz des Lehns zu belasten befugt nur mit Einwilligung aller Agnaten. Ist der Konsens ohne Einschränkung erteilt, so haftet immer die Substanz. In gewissen Fällen müssen die Agnaten ihren Konsens geben, und zwar insbesondere, wenn Schulden aufgenommen werden für Hochzeitskosten des Sohnes, Abfindung eines Bruders, Ausstattung

---

[1]) Pfeiffer bei Weiske, Bd. 6, S. 489.

einer Tochter oder Schwester oder Vatersschwester, zur Befriedigung der Witwe, zur nützlichen Verbesserung der Güter u. s. w.[1]).

Nach pommerschem Recht müssen auch bei zureichendem Allodialvermögen aus der Substanz des Lehns bezahlt werden: Schulden zum Ankauf des Lehns; Schulden, welche gemacht sind, um die Ansprüche der Witwe zu befriedigen; Schulden für Abfindungen der Brüder, Schwestern, Töchter; Schulden zur Vermehrung und Verbesserung der Substanz; alle gesetzlichen Schulden, die gemeinrechtlich als solche gelten[2]). Nach Zettwach[3]) bedarf ferner der Lehnsbesitzer zu der Aufnahme von Schulden des Konsenses der Anwärter nicht, vielmehr haftet auch ohne solchen das Lehn in Ermangelung oder bei Unzulänglichkeit des Allodialvermögens selbst mit seiner Substanz für alle Schulden des Lehnsbesitzers, ausgenommen für die, welche aus einer Schenkung herrühren.

Nach dem sächsischen Lehnrecht (const. 46, p. II von 1572) gehören zu den Lehnsschulden: Schulden, welche der Vassall mit Bewilligung des Lehnsfolgers gemacht hat und welche auf das Lehn verschrieben sind; Schulden zur Aussteuer der Töchter und Schwestern; Schulden zur Ablegung des Leibgedings; Schulden, welche in nützliche Besserung gemacht sind; Gelder, welche zum Ankaufe des Gutes geborgt sind. — Für alle Schulden haften die Substanz und die Früchte.

D. Unterschiede in den Folgen der verbotenen Veräusserung.

1. Die Folgen derselben beim Lehn.

§ 17. Wenn der Lehnsbesitzer das Lehnsgut veräussert, so haben die Agnaten nach Beseler[4]) das Recht der Anfechtung mit einer Eigentumsklage, der actio feudi revocatoria, nach Stobbe[5]) nicht eine Eigentumsklage, sondern eine Klage aus dem Rechte zum Eigentumserwerb, die er auch actio revocatoria nennt.

Dem Veräussernden selbst steht eine Klage nicht zu. Nach Aufhebung der Lehnsherrlichkeit ist das Verhältnis des veräussernden Besitzers so zu beurteilen, wie es zur Zeit der bestehenden Lehnsherrlichkeit bei einer Veräusserung mit Einwilligung des Lehns-

---

[1]) Lehnskonstitution vom 1. Juli 1723.
[2]) Zettwach, § 75.
[3]) Zettwach, § 100.
[4]) Beseler, a. a. O., S. 745.
[5]) Stobbe, a. a. O., Bd. 2, § 124, Note 20[a].

herrn war, da, wie oben gezeigt, dessen Rechte auf den Vassallen übergegangen sind. Eine solche Veräusserung war an sich gültig[1]) und band den Lehnsbesitzer, es wäre denn, dass er bona fide veräussert hatte, d. h. in Unkenntnis der Lehnsqualität des Guts. In diesem Falle stand und steht ihm die Aufrufung des Geschäftes zu. Jedoch hat er dem gutgläubigen Erwerber das Interesse zu ersetzen[2]).

Was nun die Klage der Anwärter anbelangt, so dürfen sie dieselbe erst anstellen, wenn sie im gewöhnlichen Laufe der Erbfolge zur Succession berufen wären. Jeder Agnat ist also so lange ausgeschlossen als noch nähere vorhanden sind[3]). Zu einer Entschädigung des dritten Erwerbers ist er nicht verpflichtet. Dieser kann sich lediglich an die Allodialerben des Veräusserers halten.

Aber nicht jeder zur Folge berufene Agnat ist zur Anfechtung befugt.

1. Ausgeschlossen sind die Descendenten des Veräusserers. Das Anfechtungsrecht wird in allen Quellenstellen nur den Agnaten zugeschrieben[4]), und diese werden den Descendenten entgegengestellt[5]). Daraus geht hervor, dass die Anfechtung letzteren nicht zusteht. Besonders klar ergiebt sich dies aus II Feudor 26, 18: Die Söhne des Vassallen verlieren ihre Rechte, wenn dieser ein Vergehen, auf das der Verlust des Lehns gesetzt ist, begangen hat. Dazu gehört die Veräusserung (II Feudor 55). Wenn nun auch der Strafverlust des Lehns nach aufgehobener Lehnsherrlichkeit nicht mehr existiert, so geht doch aus dem Sinne der Stelle hervor, dass der Descendent für Handlungen des Erblassers einstehen muss.

Alle Schriftsteller der neueren Zeit haben ihre Meinung dahin ausgesprochen, dass die Descendenten nicht anfechtungsberechtigt seien[6]). Pätz[7]) meint, dass der Descendent Handlungen des Ascen-

---

[1]) I Feudor. 13, 3: Si vero cum domini voluntate dotem vel medium alienaverit, stabilis permaneat obligatio. Die späteren Veräusserungsverbote, II Feudor, 55 pr. beziehen sich nur auf die Veräusserung ohne Genehmigung des Lehnsherrn.

[2]) II Feudor. 26, 18: Si vasallus feudum alienavit ignorans, non domino, sed ipsi vasallo feudum restituendum est, ad interesse vero emptori ignoranti condemnandus est vasallus.

[3]) I Feudor. 26, 14: Titius filios masculos non habens partem suam feudi agnato possidenti concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illam feudi nullo dato pretio recuperare potest.

[4]) I Feudor. 8, 1: II Feudor. 8, 1; II Feudor. 26, 13; II Feudor. 39 pr.

[5]) II Feudor. 26, 14, 18; 45. Eichhorn 582.

[6]) Eichhorn, a. a. O., S. 582; Beseler, a. a. O., S. 746; Gerber, a. a. O., S. 206; Stobbe, a. a. O., S. 418; Schröder, a. a. O., S. 293.

[7]) Pätz, a. a. O., § 119.

denten, welche absolut nichtig und verboten seien, nicht anzuerkennen brauche (Veräusserungen ohne Einwilligung des Herrn), dagegen Handlungen, welche dem Erblasser nicht gesetzlich verboten waren (Veräusserungen mit Einwilligung des Herrn, aber ohne Zustimmung der Agnaten), gelten lassen müsse. Da die Veräusserung ohne Einwilligung des Herrn nicht mehr existiert, so dürfte für die heutigen Verhältnisse Pätz auch unserer Meinung sein.

Wenn trotzdem ältere Lehnsrechtslehrer[1]) sich gegen den klaren Ausspruch der Quellen für ein Anfechtungsrecht der Descendenten ausgesprochen haben, so ist dies mit Beseler[2]) dahin zu erklären, dass dieselben stets vom reinen Princip der successio ex pacto et providentia maiorum ausgingen. Dies Princip ist aber, wie oben S. 22 gesagt, quellenmässig für das Lehnrecht nicht festzustellen und aus inneren Gründen auch beim Lehn nicht notwendig[3]).

2. Ausgeschlossen sind von dem Anfechtungsrecht die Descendenten desjenigen Agnaten, welcher in die Veräusserung eingewilligt hat. Dieser Satz ist unstreitig bezüglich der Descendenten, die zur Zeit der Veräusserung noch nicht geboren waren. Er ergiebt sich auch aus II Feudor 39 pr. klar, da dort gesagt wird, dass der Konsens der Agnaten die Veräusserung gültig mache; darunter können nur die lebenden verstanden werden, denn sonst würde, wenn auch der Konsens aller zukünftigen verlangt wäre, eine Veräusserung nie gültig gemacht werden können.

Lebhaft umstritten ist jedoch die Frage, ob durch die Erklärung eines agnatischen Ascendenten auch die schon lebenden Descendenten desselben gebunden werden. Dies nehmen Eichhorn[4]) und Schröder[5]) an. Dagegen verlangen Stobbe[6]) und Gerber[7]) die Zustimmung aller lebenden Agnaten zur gültigen Veräusserung.

Die Verjährung der Revokatorienklage ist die gewöhnliche 30jährige. Sie läuft für jeden Anfechtungsberechtigten besonders[8]).

---

[1]) Weber, a. a. O., IV., 455; Böhmer, De filio vasalli success. Kamptz, Verf. über d. langob. Lehnsges., II Feudor. 45.

[2]) Beseler, a. a. O., II S. 778.

[3]) Die Descendenten sind von der Anfechtung selbst dann ausgeschlossen, wenn ihnen die Allodialerbschaft gar nicht deferiert wird. Schröder, a. a. O., S. 239, Note 13; Eichhorn, a. a. O., S. 583, Note 1; Stobbe, Bd. 2, S. 466: Beseler, § 165, Note 19. Ihre Ausschliessung beruht nicht auf ihrer Erben-, sondern ihrer Descendentenqualität.

[4]) Eichhorn, a. a. O., S. 583.

[5]) Schröder, a. a. O., S. 293.

[6]) Stobbe, Bd. 2, S. 467.

[7]) Gerber, S. 208, Note 4.

[8]) Gerber, § 126, Note 12; Stobbe, Bd. 2, S. 466.

Ausser der Revokatorienklage steht den Agnaten bei einer ohne ihre Zustimmung vorgenommenen Veräusserung das Recht des Retraktes zu.

Das Wesen des Retraktes besteht darin, dass eine bestimmte Klasse von Personen (die Agnaten) berechtigt ist, binnen einer bestimmten Zeit ein verkauftes Gut von dem Käufer oder späteren Erwerber gegen Zahlung des Kaufpreises und sonstiger Kosten zu fordern[1]).

Das Retraktrecht beim Lehn wird nach den allgemeinen Grundsätzen über das Näherrecht behandelt. Es ist deshalb binnen Jahr und Tag auszuüben[2]).

Von der Revokatorienklage unterscheidet sich das Retraktsrecht wesentlich dadurch, dass es sofort nach der Veräusserung ausgeübt werden kann[3]).

Was die Frage betrifft, welchen Agnaten das Retraktsrecht zustehe, ob auch den Descendenten, so ist sie nach Beseler[4]) in derselben Weise zu beantworten, wie bezüglich der Berechtigung zur Revokatorienklage. Nach ihm geht dies in betreff der Ausschliessung der Descendenten aus II Feudor. 26, 14 hervor. Doch ist die Frage bestritten. Eichhorn[5]) giebt auch den Descendenten des Veräusserers das Retraktsrecht, ebenso Pätz[6]) und Gerber[7]). Desgleichen ist es streitig, ob der Rekrakt den Söhnen des einwilligenden Agnaten zustehe.

Die Partikularrechte regeln die behandelten Fragen verschieden. Überein stimmen sie alle darin, dass sie den Anfechtungsberechtigten die actio revocatoria erst bei dem Anfalle der Succession, das Retraktsrecht sofort nach der geschehenen Veräusserung geben. Letzteres ist jedoch in einzelnen Partikularrechten aufgehoben, z. B. in Preussen 1852.

Das bayrische Lehnsedikt[8]) giebt auch den Descendenten des Veräusserers das Revokationsrecht, hingegen den Erben eines einwilligenden Agnaten nicht. Ein Einstandrecht (Retraktrecht) findet beim Lehn nicht statt.

Nach dem Preussischen Allgemeinen Landrecht[9]) dürfen Descen-

---

[1]) II Feudor. 26, 14.
[2]) II Feudor. 9, 1.
[3]) II Feudor. 26, 14.
[4]) Beseler, a. a. O., S. 748; Stobbe, Bd. 2, S. 468; Schröder, S. 293.
[5]) Eichhorn, a. a. O., S. 585.
[6]) Pätz, § 140.
[7]) Gerber, 209.
[8]) § 122, § 129, § 136.
[9]) §§ 302 ff., A. L. R. I, 18.

denten Veräusserungen der Substanz gegen Entschädigung revocieren. Descendenten eines konsentierenden Agnaten sind an die Erklärung des Ascendenten gebunden, wenn sie zur Zeit der Erklärung in der väterlichen Gewalt standen, oder erst nach derselben geboren sind.

Nach Märkischem Recht[1]) dürfen Descendenten des Besitzers dessen Verfügungen weder bei seinen Lebzeiten noch nach seinem Tode anfechten. Für die Descendenten des Agnaten gilt der Grundsatz des Allgemeinen Landrechts.

Nach Pommerschem Lehnrecht[2]) müssen die Abkömmlinge eines Lehnsbesitzers die Verfügungen des Ascendenten unter Lebenden unbedingt anerkennen, auch wenn sie nicht Allodialerben geworden sind. Die Descendenten eines einwilligenden Agnaten können nicht anfechten.

Nach dem Sächsischen Lehnrecht[3]) sind weder die Descendenten des Veräusserers noch die Descendenten eines einwilligenden Agnaten zur Anfechtung befugt.

2. Die Folgen derselben beim Fideikommiss.

a) Für den Besitzer.

§ 18. Die wissenschaftliche Behandlung der Folgen einer verbotenen Veräusserung beginnt mit Knipschildt, und es haben die herrschenden Ansichten verschiedentlich ganz erheblich gewechselt.

Im 17. Jahrhundert galt hauptsächlich die Regel, dass der Besitzer im Fall einer Veräusserung entweder zur Strafe das Fideikommiss überhaupt verliere, nämlich wenn der Stifter ausdrücklich die Veräusserung verboten hatte, und dass in diesem Falle die Veräusserung überhaupt nichtig sei, oder dass zwar, wenn ein solches ausdrückliches Verbot nicht bestand, die Veräusserung von dem Anwärter, jedoch nur mit der Anfechtungsklage und erst bei dem Eintritte der Succession angegriffen werden könne. Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Knipschildt, der sich an Fusarius anschliesst[4]).

Die Folgezeit, die sich etwa bis in den Anfang dies Jahrhunderts erstreckt, liess die Verwirkung, Nichtigkeit, und damit den

---

[1]) Scholtz, 309.

[2]) Zettwach, § 77, § 93.

[3]) Otto, Das Recht der Lehngüter, S. 49; Zachariä, Handbuch, § 154.

[4]) Knipschildt, VI, no. 375: Quodsi contra expressam alienationis prohibitionem alienatio fiat, ipsa statim ipso iure sit nulla, et vocatus sive fideicommissi successor statim admittatur et in ipsum dominium transferatur. Quod secus est in alienationis prohibitione tacita, quam interim ad mortem alienatoris valere et eo mortuo demum transferri. Ebenso XI, no. 8, sqq. XVI, no. 100.

Successionsfall, bei jeder Veräusserung eintreten. Sie argumentiert so, dass der Besitzer mit der Veräusserung freiwillig sich des Fideikommisses begeben habe und somit der Successionsfall eingetreten sei, und dass die Begebung das Gedeihen des Gutes an einen Dritten nicht rechtfertigen könne. Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind Lauterbach, Stryk, Heidenreich, Hellfeld, Kreittmayr, Cramer, v. Mosham[1]).

Diese Ansicht ist auch in ein Gesetzbuch der damaligen Zeit, den Codex Maximilianeus, übergegangen.

---

[1]) Lauterbach, Collegium pand. II, 36, tit. 1, § 24: Et si de pacto circa consensum eorum, quorum interest, fuerit alienata, alienans suo iure cadit et proximus ad quem successio devoluta eandem actione revocatoria a quocumque possessore vindicare potest, etiamsi alienans rem redimere velit, ius enim iam alteri quaesitum est.

Stryk, De iure successionis in revocandis bonis familiae III, § 28: Ex quo porro fiuit (aus dem Veräusserungsverbot und der Nichtigkeit des Geschäfts), ut proximus agnatus et fideicommissi successor bona alienata statim revocare et vindicare queat, et ita quidem, ut non exspectanda sit mors gravati qui alienaverit.

Heidenreich, De alienatione fideicommissorum, § 24: Alienatione autem illicite facta, illa est illicita quinimo ipso iure nulla . . . . . Hunc patet illicite alienantem dominium in venditorem non transferre. 1, 69, § 3, D. de legatis. II., ubi perspicue satis disponitur rei vindicationi statim locum esse, manifesto argumento, quod in momento quasi alienationis dominium rei a venditore non ad emtorem sed proximum de familia transierit ipso iure. Et statim quidem vindicatio obtinet neque opus habet proximus agnatus, ut exspectet mortem alienantis.

Hellfeld, De fideico. familiar. illustr. eorumque si alienata sint revocatione, § 65: Ratione temporis quaestio oritur, utrum statim post alienationem illegitime factam, vivo adhuc alienatore, an delata demum successione res fideicommisso adfectae revocari queant. — Est voluntas fideicommittentis pura, ne bona extra familiam alienentur et proinde fiduciario condicio est imposita, ne rem extra familiam alienet. Qui si contra hanc condicionem voluntario venit, eius ius resolutum est et abdicatum censetur, sicque condicio exstitit, sub qua sequens in ordine ad successionem potest ad spirare. Si fundus familiae relictus per fideicommissum instituto herede uno ex familia alienatur non tantum post mortem fiduciarii sed etiam illo vivo statim, ac alienatio facta est, locum vindicatio habet.

Kreittmayr, Anmerkungen zum Cod. Maxim. III, 10, 5: . . . Nebst dem, dass Alienant actum nullum begehet, wird auch das Fideicommissum seines Aktes dadurch verwirkt. Der codex mutet substitutis keineswegs die Zuwart bis auf alienantis Tod zu, sondern gestattet den Widerruf noch in Lebzeiten gleich nach geschehener Alienation.

Cramer, Observationes iuris universi, S. 789, 791: . . . ubi perspicue satis disponitur rei vindicationi statim locum esse, manifesto argumento, quod in momento quasi alienationis dominium rei a venditore non ad emtorem, sed proximum de familia transierit ipso iure. Hic ergo poterit vin-

In diametralem Gegensatze dazu haben dann neuere Rechtslehrer, deren Kette bis in die Jetztzeit reicht, zwar Nichtigkeit des verbotenen Geschäfts angenommen, aber jede Verwirkung auf seiten des Besitzers ausdrücklich verneint[1]), oder eine Verwirkung gar nicht erwähnt. Aus welchen rechtlichen Gründen die Annahme der Verwirkung verworfen wird, kommt nicht weiter zur Ausführung.

Lewis[2]) versucht zwar darzuthun, dass der gesamte Veräusserungsakt nur einheitlich beurteilt werden könne; sei derselbe nichtig, so sei auch die Aufgabe des Guts durch den Besitzer nichtig, das Gut also bei ihm verblieben. Das dürfte nicht ohne weiteres richtig sein. Zwar wird nicht entgegengehalten werden können, was Rosin[3]) geltend macht, nämlich dass Lewis nur die ironische Teilung des einheitlichen Geschäftsinhaltes, welche die frühere Richtung habe andeuten wollen, missverstanden habe. Vielmehr möchte ohne die Ironie die Erledigung des Besitzes angenommen werden können.

Der Besitzer darf nicht veräussern, das weiss er; er weiss, dass durch seine Veräusserung das Gut nicht an den fremden Erwerber gedeihen kann; den Besitz aufgeben aber, das darf er. Das Veräusserungsverbot hindert nur den Erwerb durch den Dritten und macht diesen Erwerb nichtig. Giebt nun der Besitzer trotz seines Wissens das Gut auf (und übereignete er es einem Dritten), so ist das Aufgeben etwas, was er thun durfte, also gültig; es ist lediglich der Erwerb durch den Dritten zufolge des Veräusserungsverbotes ungültig. Das gültige Aufgeben des Besitzes erledigte denselben zu gunsten des nächsten Anwärters. Man teilt damit nicht einen einheitlichen Willensakt, vielmehr handelt es sich um zwei, lediglich zeitlich zusammentreffende Willensakte, von denen nur der eine sich als verbotswidrig darstellt.

Eine ähnliche Beurteilung haben übrigens der Veräusserung analoge Rechtsgeschäfte von bedeutenden Rechtslehrern der Neuzeit

---

dicare et omnes de familia eo ordine quo ad successionem vocantur, et statim vindicatio obtinet neque opus habet proximus agnatus, ut exspectet mortem alienantis.

v. Moshamm, S. 77.

Cod. Maximil. III, 10, § 23: Der Fideicommissbesitzer verwirkt . . . soweit die Veräusserung geschehen ist, jedoch hat die Caducität ehe unter nicht als nach beschehener Ausantwortung des veräusserten Fideicommissum statt. Wird auch sothane Caducitätsstraff durch die nachfolgende Reu und Zurücknahme des alienierten Gutes nicht remittiert.

[1]) Lewis, a. a. O., S. 244; Gierke, a. a. O., S. 418; v. Salza, S. 179 ff.

[2]) Lewis, a. a. O., S. 244.

[3]) Rosin, a. a. O., S. 390.

auch an anderer Stelle gefunden. So bringt z. B. Eccius[1]) die Auflassung unter den Begriff der Dereliktion, was allerdings zu weit gehen aber den richtigen Gedanken enthalten dürfte, dass sich die Übereignung bei der Auflassung aus zwei selbständigen Willensakten zusammensetzt.

Eine neue Wandelung der Ansichten ist angebahnt durch Rosin 1893[2]). Derselbe geht auf die Theorie der Juristen des vorigen Jahrhunderts zurück und modificiert dieselbe nur in zweckentsprechender Weise.

Die Veräusserung ist, wie mit ihm angenommen werden muss, nichtig, weil sie gegen ein absolutes Verbot verstösst. Der dritte Erwerber erhält also kein Recht an der Sache.

Der Besitzer, welcher widerrechtlich veräussert, verwirkt allerdings nur die Ausübung seines Rechts, nicht das Eigentum an und für sich, und zwar zu gunsten des nächsten Anwärters (quoad usum nicht quoad ius). Die Teilung von dem Recht und seiner Ausübung ist nicht neu und findet sich auch im römischen Recht[3]).

Zur Annahme einer Verwirkung überhaupt führen folgende Gründe:

1. In der Veräusserung liegt ein Verzicht, wie oben, S. 50 erwähnt, und ein solcher Verzicht ist an und für sich nicht verboten.

2. Dem Rechtsgefühl entspricht es, dass für das Übertreten des Veräusserungsverbots und die darin liegende Nichtachtung der Familieninteressen und des Willens des Stifters diejenige Strafe eintritt, welche eine sehr verständige Praxis und Theorie statuiert und damit dem Rechtssystem eingefügt hatte, dabei handelt es sich zudem nicht etwa um eine Neueinführung der Verwirkung, sondern um eine Abwehr gegen deren Beseitigung.

3. Es würde, wenn eine Verwirkung überhaupt nicht eintritt, und ein Berechtigter die Nichtigkeit geltend macht, das ganze volle Recht wieder an den Veräusserer zurückfallen und damit wäre die erneute Gefahr einer Übertretung des Verbots geschaffen. Ausserdem würde es jedes Interesse an der Wahrung des Familienbesitzes und Familienbestandes lähmen, wenn der Anfechtungsberechtigte mit seiner Anfechtung lediglich im Interesse eines andern, der sich noch dazu unwürdig gezeigt hat, handelte[4]).

Diese Verwirkung tritt naturgemäss nur ein, wenn der Besitzer mala fide veräusserte. Ist er bona fide, d. h. in Unkenntnis über die

---

[1]) vgl. Dernburg, Preuss. Privatr., Bd. 1, § 241, Note 9.
[2]) Rosin, a. a. O., S. 385 ff.
[3]) vgl. Dernburg, Pand., Bd. 1, § 246.
[4]) Rosin S. 419.

Qualität des Guts, so liegt keiner der Gründe vor, welche für eine Verwirkung sprechen.

Wie gesagt, erfasst die Verwirkung nur den Usus, nicht das Recht. Würde der Veräusserer auch sein Recht verwirken, so würde dies ipso iure auf den nächsten Berechtigten übergehen und damit eine Verschiebung der Successionsverhältnisse eintreten, es wären nach der Veräusserung geborene Kinder des Veräusserers ausgeschlossen. Diese können ihr Recht aber nicht durch Handlungen des Vaters verlieren, weil sie dasselbe direkt vom Stifter ableiten. Wird nur die Ausübung verwirkt, so bleibt die stiftungsgemässe Successionsordnung unberührt[1]), da diese Succession sich nach der Erledigung des Rechtes richtet.

Der bona fide Veräussernde kann selbst das Geschäft anfechten. Dies ergiebt sich aus allgemeinen Rechtsgründen, ex ratione erroris. Bei ihm bleibt das Fideikommiss quoad ius et usum. Dem mala fide Veräussernden steht für sich kein Anfechtungsrecht zu. Abgesprochen ist es ihm stets, wenn auch in den verschiedenen Zeiten aus verschiedenen Gründen.

Die älteste Richtung Knipschildts nimmt für den Fall eines nur stillschweigenden Veräusserungsverbots nur Anfechtbarkeit der Veräusserung an. Das Geschäft ist also für den Veräusserer gültig, er hat in diesem Falle kein Recht, zu klagen. Liegt ein ausdrückliches Veräusserungsverbot vor, so ergiebt sich bei der Annahme der Verwirkung des ganzen Rechtes von selber, dass der Veräusserer selbst kein Klagerecht hat[2]).

Diesem letzteren Grundsatz entsprechend giebt auch die zweite Theorie (Kreittmayr) dem Veräussernden kein Klagerecht.

Die dritte Ansicht, welche von Lewis vertreten wird, argumentiert so[3]):

Zwar ist das Veräusserungsgeschäft nichtig, aber der mala fide Veräusserer kann das veräusserte Gut nicht zurückfordern, denn seiner rei vindicatio steht die exceptio rei venditae et traditae gegenüber. Er kann also nicht vindicieren.

Diese Theorie steht im Widerspruch zu den bedeutendsten Rechtslehrern, welche annehmen, dass bei einem vollwirksamen Veräusserungsverbot auch der Veräusserer selbst das widerrechtlich

---

[1]) Rosin S. 407.

[2]) Einzelne Schriftsteller, so Richter, S. 152, lassen wegen der Richtigkeit der Veräusserung ein Klagerecht des Veräusserers selbst bestehen, geben aber dem Erwerber anderseits die exceptio rei venditae et traditae. Vgl. dagegen Rosin S. 403.

[3]) Lewis, a. a. O. S. 241.

Veräusserte vindicieren, und ihm die exceptio rei venditae et traditae nicht entgegengesetzt werden könne. Einfach und deutlich ist dies bewiesen bei Dernburg Bd. 1 § 217 Note 7 und bei Windscheid Bd. 1 § 172a Note 2 mit § 197 Note 3. Es ist ferner mit Rosin[1]) einzuwenden, dass, da der Erfolg der Klage des Veräusserers von der bona oder mala fides desselben abhängig und anderseits unabhängig von der bona oder mala fides des Erwerbers ist, thatsächlich eine Verwirkung, wenn auch nicht des Eigentums selbst, so doch des Eigentumsanspruchs stattfände, aber nicht zu gunsten der Anwärter, sondern zu gunsten des vielleicht mala fide handelnden dritten Erwerbers.

Dem ist noch hinzuzufügen, dass das Veräusserungsverbot sicher nur im Interesse der Anwärter, nicht aber des dritten Erwerbers gegeben ist.

Das Klagerecht des mala fide Veräussernden entfällt zwar nicht aus den bisher behandelten, wohl aber aus anderen selbständigen Gründen, die in der neuesten Richtung (von Rosin) gegeben sind. Er hat, wie oben, S. 50, gezeigt, durch das Veräusserungsgeschäft verzichtet auf die Ausübung seines Rechts und dieselbe dadurch zu gunsten des nächsten Anwärters verwirkt. Seinerseits ist sonach der Besitz des Gutes derelinquiert und in die Hände des Erwerbers gelangt. Will er dem Erwerber vermöge der Nichtigkeit seines Erwerbes den Besitz wieder abfordern, so steht ihm entgegen, dass die vermöge jener Nichtigkeit bestehende Abforderungsbefugnis auf die Anwärter gediehen und in deren Händen ist. Der zurückfordernde Veräusserer würde somit nur eine Befugnis der Anwärter geltend zu machen versuchen, mithin ex iure tertii klagen, und damit dringt er nicht durch. Mit der blossen exceptio rei venditae et traditae, die weiter nichts als eine exceptio doli bedeutet, möchte der Veräusserer nicht abzuwehren sein, wie Rosin will, denn es ist vorstehend mit Dernburg und Windscheid gefunden, dass die nichtige Veräusserung an sich auch von dem mala fide Veräusserer aufgerufen werden kann.

Wird der veräusserte Gegenstand dem Erwerber durch Anwärter evinciert, so hat er naturgemäss einen Anspruch auf das Interesse gegen den Veräusserer.

b) Für die Anwärter.

§ 19. Angesichts jeder Veräusserung haben die Anwärter die Revokation. Das ist unstreitig und erfordert es daher zu den be-

---

[1]) Rosin, a. a. O. S. 388 ff.

reits gegebenen Ausführungen keiner Ergänzung. In gleicher Höhe steht die hier lediglich anzudeutende Folge, dass nur in die Hände des nächsten Anwärters revociert werden, und dass sogar bei der bona fide-Veräusserung nur die Rückgabe an den Veräusserer gefordert werden kann, weil dieser eben re vera in iure et usu geblieben ist.

Fraglich bleibt nur:

α) wann den Anwärtern, und

β) welchen Anwärtern ein Klagerecht zusteht.

Die älteste Ansicht konstruiert die actio als nata bei stillschweigendem Veräusserungsverbot mit Eintritt des Successionsfalles, beim ausdrücklichen Verbot mit dem Augenblicke der Veräusserung, in beiden Fällen als rei vindicatio[1]).

Die zweite Theorie, die des vorigen Jahrhunderts, welche eine Eigentumsverwirkung und sofortigen Eintritt des Successionsfalles stets annahm, gab dementsprechend dem Anwärter auch sofort nach der Veräusserung die Klage. Da dieser das Eigentum hatte, wenn er die Klage anstellte, so konnte dieselbe naturgemäss als rei vindicatio angesehen werden[2]).

Die Meinung, welche Lewis vertritt, hat, wie gezeigt, das Moment der Eigentumsverwirkung ausgeschaltet. Sie betrachtet die Klage der Anwärter als rei vindicatio, ohne aber dafür eine Rechtfertigung anzugeben. Aus diesem Klagenamen folgert sie: Die rei vindicatio kann nur ein Eigentümer anstellen. Eigentum erlangt der Anwärter erst mit Eintritt des Successionsfalles, also, da eine Verwirkung nicht stattfindet, erst beim Tode des Alienanten; folglich kann er auch erst an diesem Zeitpunkte die Klage erheben. Besteht eine ausdrückliche Strafklausel, so tritt der Successionsfall mit der Veräusserung ein und die Anwärter können die rei vindicatio sofort anstellen.

Es wird hier die Natur der Klage als rei vindicatio a priori als feststehend angenommen und daraus das spätere Anfechtungsrecht hergeleitet, während die ältere Meinung die Natur der Klage als rei vindicatio aus der Verwirkungstheorie und dem damit erfolgten Eigentumsübergange naturgemäss deducierte.

---

[1]) vgl. die oben, S. 49, cit. Schriftsteller, ausserdem Richter, Tentamen theoriae de fideicommissis. c. 8: Revocant alienatum fideicommissum illi, qui sunt vocati ad successionem in tantum, ut hunc casum exspectare necesse non habent. — Ebenso bekämpfen Heffter und v. Guaita in ihren Gutachten zum Bentinckschen Erbfolgestreit (1854—62) die Ansicht, dass die Anfechtung erst nach dem Tode des Veräusserers möglich sei, aufs schärfste.

[2]) vgl. S. 92, Note 1 und Knipschildt III. 377.

Die Konstruktion von Lewis mangelt des Beweises und es stehen ihr auch ganz erhebliche theoretische und praktische Bedenken entgegen:

Wie wir oben gesehen haben, soll der Veräusserer selbst, wenn er mala fide war, nicht, die Anwärter aber zur Aufrufung des verbotenen Geschäftes erst beim Tode des Alienanten befugt sein; also wäre in der Zwischenzeit, während der Lebensdauer des Alienanten, das Veräusserungsgeschäft unangreifbar. Treffend sagt hier Rosin[1]), dass dann von der seitens Lewis an sich anerkannten Nichtigkeit der Veräusserung gar keine Rede sein könnte. Das Geschäft wäre demnach für die Lebensdauer des Veräusserers gültig geschlossen. Einem gültigen Geschäft gegenüber könnte, und zwar hier erst beim Successionsfall, nur von einer Anfechtbarkeit und nicht von einer Nichtigkeit die Rede sein, und es wird somit von Lewis das Fideikommissinstitut „in eine Reihe successiver Zeiteigentumsverhältnisse auseinandergerissen".

Die Lewis'sche Theorie macht die rei vindicatio des Besitzers abhängig von seiner bona fides. Im Falle der mala fides droht, da Lewis den Anwärtern eine Klage nicht zubilligt, dem Bestande des Geschäfts keine Gefahr. Die Verwirklichung des Stiftungswillens hängt somit von dem subjektiven Bewusstseinsvorgang im Geiste des jeweiligen Besitzers ab. Die bona fides, bei der er selbst revocieren kann, besteht in der Unkenntnis von der Fideikommissqualität. Weiss also jemand, dass sein Gut Fideikommiss ist, dann soll dessen Bestand gefährdet sein; dadurch, dass er es nicht weiss, soll sein Bestand gesichert sein. Umgekehrt wäre es einleuchtender.

Wegen weiterer Gründe gegen die Ansicht von Lewis wird auf Rosin, S. 388 ff., verwiesen.

Abgesehen von den theoretischen Bedenken stehen der Ansicht von Lewis auch noch praktische Bedenken gegenüber.

Wenn die Anwärter erst bei dem Tode des Veräusserers anfechten dürfen, so ist damit die Möglichkeit gegeben, dass das Gut auf eine lange Reihe von Jahren der Familie entfremdet wird. Danach kann das Gut aus der Hand des Erwerbers in weitere Hände übergehen, es kann in dieser Zeit deterioriert, parzelliert, kurz, so durchgreifend verändert werden, dass, wenn endlich der Anwärter zur Klage legitimiert ist, das Gut ein ganz anderes ist, als das vom Stifter ihm zugedachte. Der Anwärter muss, wenn er nun das Gut zurückhaben will, vielleicht nicht eine, sondern zehn Klagen anstellen, er muss in mühseligen Prozessen sich das Gut vielleicht erst

---

[1]) Rosin, a. a. O., S. 383 f.

wieder zusammensammeln und die Führung dieser Prozesse wird ihm unter Umständen ganz unmöglich sein. So geht das Gut vielleicht auf diese Weise der Familie ganz verloren. Das aber widerspricht zweifellos dem Willen des Stifters und dem ganzen Zwecke des Familienfideikommisses.

Auf Grund dieser Erwägungen kommen wir mit Rosin zu dem Schlusse, dass den Anwärtern bei einer Veräusserung eine sofortige Revokation zustehe, wie sie die Juristen des vorigen Jahrhunderts annahmen. Da wir nun aber mit Rosin, wie oben ausgeführt, im Gegensatze zu diesen älteren Juristen nicht eine Verwirkung des Eigentums, sondern nur eine Verwirkung der Ausübung zu gunsten des nächsten Anwärters annehmen, so können wir nicht mit den älteren Juristen die Klage der Anwärter als eine rei vindicatio bezeichnen, weil diese das Eigentumsrecht zum Grunde hat. Nach dem Eintritt eines wirklichen Successionsfalls könnte man von einer rei vindicatio reden. Das Fundament der Klage ist aber nicht das Eigentum. Die Anwärter haben, wie oben gesehen ist, ein gegenwärtiges dingliches Recht schon vor dem Successionsfall. Wer aber ein Recht hat, hat nach der modernen Rechtsauffassung eine Klage. Das Recht der Anwärter ist das Fundament, dieses giebt ihm eine besondere Klage.

Das Resultat dieser Betrachtungen ist also:

Den Fideikommissanwärtern steht sofort nach der Veräusserung eine Klage auf Rückgabe des Gutes gegen den Erwerber zu. Damit haben wir einen tiefgehenden Unterschied vom Lehn, denn den Lehnsanwärtern ist eine Rückforderungsklage erst nach dem Tode des Veräusserers gegeben. Wenn Lewis[1]) für seine Ansicht, dass die Anfechtung den Fideikommissanwärtern erst bei dem wirklichen Successionsfalle zustehe, anführt, dass zu seinem Resultat die Analogie des Lehns führe, so muss hier wiederholt hervorgehoben werden, dass man bei so heterogenen Instituten Schlüsse aus der Analogie nicht ziehen darf.

Den Anwärtern dürfte sämtlich, insbesondere auch denen, welche Allodialerben des Veräussernden sind, die Klage zuzubilligen sein.

Die drei ersten Theorien geben das Anfechtungsrecht nur dem nächstberechtigten Agnaten. Das erklärt sich daraus, dass diese Richtungen die Klage als rei vindicatio bezeichnen, welche naturgemäss nur einer, und zwar der nächstberechtigte Agnat hat, an den das Eigentum fällt. Da wir als Fundament der Klage ein beson-

---

[1]) S. 244.

deres Recht annehmen, das allen Anwärtern zusteht, so müssen wir folgerichtig das Klagerecht auch allen Agnaten geben. Die Reihenfolge zur Succession entscheidet nur darüber, wer Besitz und Nutzung behält.

Die Frage, ob die Klage auch den Allodialerben des Veräussernden zustehe, tritt offenbar nur auf, wenn die Anfechtung seitens des Anwärters bis zum Tode des Veräusserers aus irgend einem Grunde aufgehoben wird. Denn die Thatsache, dass der Anwärter eventuell Allodialerbe werden könnte, kann auf sein Klagerecht keinen Einfluss ausüben.

Hat aber der Anwärter einmal das Gut zurückgefordert und erhalten, so kann man, wenn er später Allodialerbe des Veräusserers geworden ist, dem Erwerber eine Klage, mit welcher er das Gut seinerseits wieder zurückfordern könnte, wegen der Nichtigkeit des Geschäfts nicht geben.

Einige Schriftsteller[1]) geben den Allodialerben kein Angriffsrecht. Sie führen an, dass der Erbe facta defuncti zu prästieren habe, also Handlungen des Erblassers nicht anfechten dürfte. Demgegenüber wird dafür, dass auch der Allodialerbe Veräusserungen gegen sich nicht braucht gelten zu lassen, Bezug genommen auf die Ausführungen bei Rosin S. 457, 458[2]).

Auch hier wieder sucht man die von uns verworfene Ansicht durch die Analogie mit dem Lehnrecht zu stützen. Ist nun schon verschiedentlich hervorgehoben worden, dass bei so verschiedenartigen Instituten Schlüsse aus der Analogie nicht angängig sein dürften, so ist das hier ganz besonders nicht angebracht, denn wie wir oben gesehen haben, werden im Lehnrecht Descendenten und Agnaten einander stets gegenüber gestellt, und bei ersteren ist eine successio ex pacto et providentia maiorum nicht anzunehmen. Darum ist ihre Haftung für Handlungen des Erblassers leicht erklärlich. Beim Fideikommiss dagegen succedieren die Descendenten unbestritten ebenso wie die Agnaten ex pacto et providentia maiorum.

Auch hier sollen kurz wie beim Lehn einige Partikularrechte erwähnt werden.

---

[1]) Eichhorn, a. a. O., S. 879, 886; Gierke bei Conrad, S. 418; Friedberg, Ein Beitrag zur Lehre von den Fideikommissen I, S. 32 f.; R.G. vom 4. Februar 1890. Entsch. Bd. 26, S. 153. Gengler, S. 1364. Lewis, a. a. O., 254—259. Ders. in Hirths Annalen 1879, S. 486.

[2]) Ebenso v. Salza, a. a. O., S. 155 f.; Beseler, S. 1824; Stobbe, Bd. 2, S. 567. Walter, § 471, III. Brunner bei Holzendorff, S. 497. O.-Tr. vom 11. Dec. 1877, in Striethorst Arch., Bd. 98, S. 168.

In betreff des Zeitpunkts der Klageanstellung ist der Codex Maximilianeus bereits oben erwähnt worden. Das bayrische Fideikommissedikt von 1818 steht im wesentlichen auf demselben Standpunkt. Ebenso das hessische Gesetz vom 13. September 1858, welches aus dem ebengenannten Edikt hervorgegangen ist. Das Preuss. Allgem. Landrecht II, 4, § 79 bestimmt, dass ein Anwärter erst anfechtungsberechtigt sei, wenn die Succession an ihn komme. Auch das Sächs. Bürgerl. Gesetzbuch, § 2534, lässt die Anwärter erst beim Eintritte des Successionsfalles zur Klage zu. — Die Koexistenz der Allodialerben- und Fideikommisserbenqualität hindert nach den angeführten Partikularrechten meist die Anfechtung nicht.

Sonderung des Allods vom Lehns- und Fideikommissvermögen.

§ 20. Bei der Sonderung des Allodialvermögens einerseits von dem Lehns- bezw. Fideikommissvermögen anderseits, welche, wenn bei einem Successionsfall die beiden bisher vereinigten Vermögen in verschiedene Hände kommen, vorgenommen werden muss, ergeben sich Unterschiede für das Lehn und Fideikommiss nicht.

Über die Sonderung beim Lehn finden sich positive Bestimmungen, sie sind jedoch durch die allgemeinen deutschrechtlichen Grundsätze über verdientes Gut ausgebildet worden. Diese selben allgemeinen Grundsätze haben bei dem Fideikommiss von jeher Anwendung gefunden.

Wenn von Walter[2]) angeführt wird, beim Fideikommiss müssten hinsichtlich der Sonderung die Grundsätze der Lehre vom Ususfructus angewendet werden, so mag das vielleicht auf dasselbe hinauskommen, aber man wird doch daran denken müssen, dass es nicht angängig sein dürfte, die streng römischen Grundsätze auf ein deutschrechtliches Institut zu beziehen.

---

[1]) Cod. Maxim. III. c. 10, § 25; Bayrisches Fideikommissedikt, § 52; Hessisches Ges. Art. 22. In Preussen hat sich das Ober-Tribunal in demselben Sinn ausgesprochen, vgl. Striethorst, Bd. 98, S. 168. Dernburg, Pr. Pr., § 378, Note 5. Anders Sächs. Bürgerl. Gesetzbuch § 2534, 2537.

[2]) Walter § 414.

III. Unterschiede in der Beendigung der Rechtsverhältnisse.

1. Beendigung durch Gründe, die ausserhalb des Willens der Interessenten liegen.

§ 21. Unter den Gründen, welche zum Aufhören des Lehnsverhältnisses sowohl wie des Fideikommissverhältnisses führen, finden wir zunächst das Aussterben aller Folgeberechtigten.

Mit dem Tode des letzten Besitzers tritt, wenn keine successionsberechtigte Person mehr vorhanden ist, Allodialqualität des Gutes ein.

Die Rechte unbekannter Successionsberechtigter können nicht vermittelst eines Aufgebotsverfahrens präkludiert werden, da dieses Verfahren nur in ausdrücklich zugelassenen Fällen eingeleitet werden kann und ein solcher hier nicht vorliegt.

Ähnlich liegen die Verhältnisse beim Lehn mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit. Auch hier erlischt die Gebundenheit des Guts in gleichem Fall und Umfange.

Durch die neueren Gesetze über die Aufhebung der Lehne wird der Termin für das Erlöschen der Lehnsqualität meist schon früher festgesetzt[1]).

Das Lehns- oder Fideikommissverhältnis erlischt ferner beim Untergange des Objekts. Wenn ein gänzlicher Untergang des Objekts bei Grundstücken nach der Ansicht von Lewis[2]) im allgemeinen nicht möglich ist, so ist er doch nicht ganz undenkbar, und zwar nicht nur bei einem an der See liegenden Gut, welches dauernd unter Wasser gesetzt wird, sondern auch in anderen Fällen.

Nach einigen Schriftstellern[3]) erlischt das Fideikommiss nur, wenn das Objekt zufällig zu Grunde geht, nicht aber, wenn dolus oder culpa des Besitzers den Untergang herbeiführen. Im letzteren

---

[1]) S. oben S. 23.

[2]) Lewis a. a. O. S. 434.

[3]) Knipschildt XVI, no. 16; Wildner, a. a. O., S. 339; v. Salza, a. a. O., S. 232.

Fall trete an die Stelle des ursprünglichen Objektes eine von seiten des Schuldigen zu zahlende Entschädigung; nur wenn derselbe diese zu zahlen nicht im stande sei, gehe das Fideikommiss unter.

Hierbei taucht die Frage auf, ob überhaupt, falls aus irgend einem Grunde an stelle des ursprünglichen Objekts ein anderes als Äquivalent tritt, die Fideikommisseigenschaft auf dieses übergeht. Praktisch wird dieser Fall sehr leicht werden können bei einer Zwangsenteignung. Die Frage ist unbedingt zu bejahen. Der Stifter bestimmte zwar gerade bestimmte Güter zum Fideikommiss, aber diese Güter waren nur das Mittel zum Zweck. Wenn nun das vom Stifter gewählte Mittel untauglich wird und an Stelle dessen ein anderes taugliches Mittel eintritt, so ist nicht einzusehen, warum es nicht im Sinne der Stiftung liegen soll, dass nun das neue Mittel zur Erfüllung des Zweckes diene[1]).

Wenn beim Lehn an die Stelle des ursprünglichen Objektes ein anderes tritt, z. B. bei der Zwangsenteignung, so ist damit nach dem Stande der Gesetzgebung in den Ländern, welche das Lehn allmählich verschwinden lassen wollen, anzunehmen, dass das Lehnsverhältnis aufgehoben ist. Die Entschädigungssumme wird in diesem Falle, z. B. im Falle der Zwangsenteignung, in der Art der Abfindung bei der Aufhebung des Lehnsverhältnisses an einem vom Gesetze vorgeschriebenen Termin unter Besitzer und Anwärter verteilt werden. Denn es liegt hier nicht, wie beim Fideikommiss, ein bestimmter Zweck vor, für den das Lehnsverhältnis aufrecht erhalten werden müsste.

Dass das Fideikommiss nicht wie das alte römische Fideikommiss in der vierten Generation aufhört, ein solches zu sein, bedarf keiner Begründung, die Lewis[2]) für erforderlich hält. Das heutige Familienfideikommiss ist kein römisch-, sondern ein deutschrechtliches Institut, welches von dem römischen bloss den Namen hat.

Eine Beendigung nach Ablauf einer gewissen Zeit oder in einer gewissen Generation könnte vom Stifter jedoch vorgeschrieben sein.

Für das Lehn mit aufgehobener Lehnsherrlichkeit tritt eine Beendigung des Lehnsverhältnisses mit Ablauf der Zeit im Sinne der obigen Gesetze ein. Wo solche Gesetze nicht ergangen sind, ist ein Zeitablauf als Beendigungsgrund nicht denkbar.

Ein Aufhören der Fideikommiss- bezw. Lehnseigenschaft tritt ferner ein, wenn das Gut für Schulden subhastiert wird. Für das

---

[1]) So Lewis, S. 435.
[2]) Lewis, S. 439.

Fideikommiss ist dieser Grund in einigen Partikularrechten besonders angeführt[1]). Für das Lehn ergiebt sich dies aus dem weiter unten zu behandelnden Satze, dass die Lehnseigenschaft aufhört, wenn das Gut gültig veräussert wird.

2. Beendigung durch Gründe, die innerhalb des Willens der Interessenten liegen.

§ 22. Was die zweite Art von Gründen für die Aufhebung des Lehns oder Fideikommisses, die in dem Willen der Interessenten ihren Grund haben, betrifft, so existiert diese Art der Beendigung für das Fideikommiss gemeinrechtlich nicht.

Ein Aufhören des Fideikommisses durch Veräusserung an einen Dritten mit Zustimmung aller ist nicht möglich. Ebenso ist eine Aufhebung des Verbandes (event. ohne Veräusserung) durch Konsens aller unmöglich.

Anders bestimmt eine Reihe von Partikularrechten:

Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch verordnet in § 2538: „Eine Familienanwartschaft kann, insofern nicht von dem Stifter mit Genehmigung des Landesherrn etwas anderes bestimmt ist, von den Beteiligten geändert oder aufgehoben werden, wenn sie mit Einschluss desjenigen, welcher infolge der Anordnung der Anwartschaft der erste Inhaber des Gegenstandes ist, in die dritte Hand gekommen ist.

Zur Änderung oder Aufhebung der Familienanwartschaft wird die Einwilligung sämtlicher am Leben befindlichen Anwärter erfordert."

Ausserdem wird die Genehmigung des Gerichts erfordert § 2541 und § 26 der Ein- und Ausführungsordnung.

Das bayrische Edikt sagt § 92: „Durch gemeinsames Einverständnis aller Familienmitglieder mit gerichtlicher Genehmigung kann ein Familienfideikommiss nur alsdann aufgelöst werden, wenn der Familie durch die Auflösung ein ausgezeichneter und dauernder Nutzen zugeht oder wenn solche gebietende Umstände eintreten, welche bei einer Familie die Auflösung des Familienfideikommisses notwendig machen."

Das Allgemeine Landrecht enthält keine Bestimmung über die Auflösung des Fideikommissverbandes durch Konsens der Agnaten. Da es jedoch eine Veräusserung durch einen Familienschluss gestattet, so ist auch eine Aufhebung des Verbandes durch Familien-

[1]) So Braunschweig vom 28. März 1837 und 20. Mai 1858; Hessen vom 13. September 1858.

schluss analog als möglich anzunehmen. Ausserdem ist in § 9 des Edikts vom 9. Oktober 1807 angeordnet, dass ein Familienfideikommiss durch einen Familienschluss beliebig abgeändert oder aufgehoben werden kann.

Das Lehn kann, wie wir oben S. 33 gesehen haben, mit Einwilligung aller Agnaten veräussert werden. In der Hand des dritten Erwerbers wird es dann Allod, da durch die gültige Veräusserung die Rechte der Anwärter aufgehoben werden. Somit ist in der gültigen Veräusserung ein Grund zur Aufhebung des Lehnsverhältnisses gegeben. Auch ohne Veräusserung kann das Lehn zum Allod werden, wenn alle lebenden Anwärter auf ihre Rechte verzichten.

Diese Art der Aufhebung ist partikularrechtlich ebenfalls ausdrücklich anerkannt: in Preussen durch die öfters erwähnten Gesetze über die Aufhebung der Lehnsverbände, in Sachsen durch die Deklaration vom 22. Mai 1872. In Bayern kann nach § 202 des Lehnsedikts von 1808 das Lehn mit Zustimmung aller lebenden Anwärter allodificiert werden.

Die Fideikommissqualität an sich kann nicht verjähren weder hinsichtlich des Verhältnisses der Anwärter, noch im Hinblick auf dritte Personen. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass Einzelstücke, auch Grundstücke, welche zum Fideikommiss gehören, durch Acquisitivverjährung seitens Dritter erworben werden. Denn das Fideikommissrecht begründet nur in so weit eine Ausnahme von dem allgemeinen bürgerlichen Recht, als sie besonders geboten, bestimmt, oder sonst gerechtfertigt ist. Für die Ersitzung von Fideikommissteilen lässt sich eine derartige Ausnahme nicht feststellen. Die Unverjährbarkeit des Fideikommisses ist darum nicht etwa ein gegenstandsloser Satz. Seine Bedeutung wird sich z. B. an der Hand des preussischen Rechts vergleichsweise erkennen lassen. Dasselbe bestimmt, ALR. II 4. § 123, in der bündigsten Weise: „Die Eigenschaft des Fideikommisses selbst aber kann durch keine Verjährung verloren gehen“. Dieses hinsichtlich der Unverjährbarkeit somit ganz zielbewusste und weitgehende Recht erkennt trotzdem in § 122 a. a. O. Einzelverjährungen und Einzelerwerbungen gegenüber dem Fideikommiss an und erläutert die Bedeutung der von ihm aufgestellten Unverjährbarkeit in § 124 f. a. a. O. dahin: „Der Anwärter kann erleben, dass die Geltendmachung seiner Succession durch Verjährung erlischt, aber dies gilt nur gegenüber den andern Successionsberechtigten, gegen die er dann kein Klagerecht mehr hat; er kann, wenn andere zum Fideikommiss berufene Personen nicht mehr vorhanden sind, auf den Besitz desselben wieder Anspruch machen.“

Das heisst doch deutlich: Die Eigenschaft des Fideikommissanwärters als solche ist unverjährbar und nur sein, rechtsverjährte Zeit hindurch gegen die anderen Successoren nicht ausgeübtes Klagerecht ist erloschen. In Konsequenz dessen verlangt er beim Tode des letzten aller übrigen Anwärter das Fideikommiss für sich, es fällt nicht an des Verstorbenen Allodialerben, es hat seine Fideikommisseigenschaft unverjährbar erhalten und bewahrt.

Das durch diesen Vergleich erkennbar gemachte gemeine Recht des Fideikommisses zeigt uns eine Verschiedenheit vom Lehnrecht.

Der Anwärter im Lehnrecht, welcher durch Verjährung ausgeschlossen ist, hat, auch wenn die sämtlichen Berechtigten ausser ihm ausgestorben sind, kein Recht mehr an dem Lehn[1]). Das gleiche gilt im Allgemeinen Landrecht. Es bestimmt, dass, solange die Lehnseigenschaft aus dem Hypothekenbuch erhelle, eine Verjährung gegen die Agnaten nicht stattfinde. E contrario lässt sich daraus deducieren, dass die Agnaten ausgeschlossen werden, wenn ein solcher Eintrag nicht stattgefunden hat.

---

[1]) Vgl. Pfeiffer, a. a. O., Bd. 6, S. 619f.

Schluss.

§ 23. Das Lehn und Fideikommiss unterscheiden sich hiernach:

A. überhaupt dadurch, dass sie heterogene Institute sind, bei denen nur äusserlich Ähnlichkeiten hervortreten und bei denen analoge Schlüsse von dem einen auf das andere nicht angängig erscheinen. §§ 2. 4. 11. 12. 19;

B. in den einzelnen rechtlichen Verhältnissen vornehmlich bei

1. Begriff und Zweck, § 4.,
2. der Succession, §§ 5—10.,
3. der Natur des Rechts der Interessenten, §§ 11. 12.,
4. der Anfechtungsberechtigung der Anwärter hinsichtlich einer verbotenen Veräusserung, §§ 17. 19.,
5. den Schulden, § 16.,
6. der Beendigung der Rechtsverhältnisse durch Konsens aller Agnaten und Verjährung, § 22.

C. Äussere Ähnlichkeiten treten besonders hervor bei

1. den Rechten der Besitzer im einzelnen,
2. der Sonderung von Lehn- und Fideikommissvermögen,
3. der Beendigung durch Gründe, die ausserhalb des Willens der Interessenten liegen.